Grenzbestimmung zwischen Kauf und Werkvertrag nach gemeinem Recht und nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs verbunden mit einer Interpretation des § 651 dieses Letzteren.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Eduard Kleinschmidt,
Referendar.

ACAD. LIBRAT. ROST.

Rostock
H. Winterberg's Buchdruckerei.
1903.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsübersicht.

A. Einleitung: Die praktische Bedeutung der Grenzbestimmung.

B. Abhandlung:

I. In welchen Fällen kann eine Grenzlinie gezogen werden?

1. bei Werkverträgen, wenn

a) zu der Arbeitspflicht noch eine Veräusserungspflicht hinzutritt und

b) die Vergütung in Geld besteht;

2. bei Kaufverträgen, wenn zu der Veräusserungspflicht noch eine Arbeitspflicht hinzukommt.

II. Wie kann die Grenzlinie gezogen werden?

Man kann Verträge, die beide Pflichten enthalten

1. als Doppelgeschäft behandeln;

2. als einheitliches Geschäft behandeln und zwar kann man

a) das Überwiegen der einen oder andern Pflicht entscheiden lassen,

b) der Veräusserungspflicht erhöhte Bedeutung zumessen oder

c) der Arbeitspflicht erhöhte Bedeutung zumessen.

III. Wie wird die Grenzlinie gezogen?

1. im gemeinen Recht:

a) Interpretation der Quellen.

Sie entscheiden Fälle, in denen

α. der Besteller den Stoff liefert,

αα. damit der Unternehmer gerade diesen Stoff bearbeitet oder

ββ. mit der Erlaubnis statt des gelieferten andern Stoff verwenden zu dürfen;

β. Fälle, in denen der Unternehmer den Stoff liefert;

γ. Fälle, in denen der Besteller und der Unternehmer sich in die Stofflieferung teilen;

ε. Zusammenfassendes Ergebnis der Interpretation.

b) Das Ergebnis befriedigt nicht vollkommen, weil

α. der Fall nicht erörtert ist, dass der Hauptgegenstand von beiden Parteien geliefert wird:

αα. es wird zwar einerseits die Möglichkeit eines solchen Falles geleugnet,

ββ. von andern aber der Fall als Werkvertrag behandelt und

γγ. von einer Reihe von Schriftstellern als Kauf behandelt.

β. weil die Konsequenzen unserm Billigkeitsgefühl nicht entsprechen hinsichtlich der

αα. Mängelhaftung und der

ββ. Gefahrtragung.

c) die Stellung der Praxis zu der Abgrenzungsfrage.

α. Sie stellt sich im allgemeinen auf den Boden des aus den Quellen gewonnenen Ergebnisses,

β. einige Entscheidungen dehnen die beim Hausbau geltenden Grundsätze auf verwandte Fälle aus,

γ. schliesslich enthalten einige Entscheidungen eine Durchbrechung des Prinzips.

2. im bürgerlichen Gesetzbuch.
   a) Einleitende Bemerkung, ob man bei dessen Abfassung der Parteiintention oder der Stofflieferung den Vorzug gab.
   b) Die gesetzliche Regelung:
   α. der Besteller liefert den Stoff.
      Es findet weder eine Veräusserung statt,
      αα. wenn Gegenstand des Vertrags eine Veränderung noch
      ββ. wenn Gegenstand eine Neuherstellung ist.
   β. der Unternehmer liefert den Stoff;
      αα. der erste Entwurf und dessen Kritik,
      ββ. der § 651 Absatz 1.
      Dessen Interpretation ergiebt
1. Das Anwendungsgebiet des Paragraphen,
2. Die Scheidung zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen;
   a) der Begriff „vertretbare Sache",
   b) der Grund der Scheidung,
   c) die rechtliche Behandlung der beiden Vertragsarten,
      aa) wenn es sich um vertretbare Sachen,
      bb) wenn es sich um nicht vertretbare Sachen handelt,
   d) die juristische Natur der Verträge,
      aa) im ersten Fall ist es Kauf,
      bb) im zweiten Fall ist es
      weder ein modifizirter Kauf,
      noch ein modifizierter Werkvertrag,
      sondern ein Werklieferungsvertrag.

γ. Beide Kontrahenten liefern Stoff;

αα. der eine liefert den Hauptstoff, der andere Nebensachen,

1. liefert der Unternehmer Nebensachen, so findet § 651 Absatz 2 Anwendung,

2. liefert sie der Besteller: § 651 Absatz 1,

3. der Begriff „Nebensache".

ββ. liefern beide Hauptstoff, so fällt dies unter Absatz 1.

C. Schluss

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

Albers, die Abgrenzung von Kauf, Werkvertrag und Auftrag bei Herstellung und Lieferung einer Sache nach gemeinem und bürgerlichem Rechte. Jenenser Inaug. Diss. Hamburg 1900.

Baron, Pandekten.

Bechmann, Geschichte des Kaufs im römischen Recht. Erlangen 1876.

Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht, Erlangen 1884.

Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1889.

Colack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1 Band. 2. Aufl. Jena 1899.

Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte. Freiburg 1897.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts 2. Band, 2. Hälfte. Tübingen und Leipzig 1902.

Dankwardt, die locatio conductio operis. Seperatabdruck aus Iherings Jahrbüchern. Band 13.

Dernburg, Pandekten. 1. und 2. Band. 6. Aufl. Berlin 1900.

Dernburg, das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. 2. Band, 2 Abteilung. 1. und 2. Aufl. Halle 1901.

Dniestrzanski, das Wesen des Werklieferungsvertrags im österreichischen Recht. Wien 1898.

Ehrenberg, Kauf und Werkvertrag, in Iherings Jahrbüchern, Band 27, Nr. 4.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Jena 1899.

Endemann F., Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. und 2. Band. 5. Aufl. Berlin 1899.

Endemann W., die rechtliche Behandlung der Arbeit; in Conrads Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik. 3. Folge, Band 12, Heft 5.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. 1. und 13. Band.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts. 19. und 23. Band.

Enneccerus-Lehmann, das bürgerliche Recht. 1. Band, 2. Hälfte, 2. Aufl. Marburg 1901.

Glück, Erläuterung der Pandekten. 17. Teil. Erlangen 1815.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. 5. und 23. Band.

Grohé, die rechtliche Natur des Werklieferungsvertrages nach gemeinem Recht unter Berücksichtigung der modernen

Gesetzgebungen. Greifswalder Inaug. Diss. Greifswald 1892.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuche. Seperatabdruck aus den Annalen der Grossh. Badischen Gerichte. Nr. 11 und ff. Mannheim 1898.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. 1. Band. Stuttgart 1897.

Henle, Grenzbestimmung zwischen Kauf und Werkvertrag nach allgemeinen Grundsätzen und nach gemeinem Rechte. Trier 1902.

Ihering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt, in Iherings Jahrbüchern. Band 4, Nr. 5.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. 2. Band, 2. Abteilung. Leipzig 1893.

Kaufmann, Kommentar und Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band 1 und 2. Bonn 1900 und 1901.

Kuhlenbeck, das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert. Berlin 1898.

Lehmann-Ring, das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, erläutert. 2. Band. Berlin 1901.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Band 1 bis 3. 2. Aufl. Berlin 1896.

Münkel, das Rechtsverhältnis aus § 651 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlanger Inaug. Diss. Hannover 1899.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Lieferung 4. Aufl. 1 und 2. Berlin 1898.

Protokolle der 2. Kommission, siehe Hadlen.

Puntschart, die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts. Innsbruck 1885.

Riezler, der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1900.

Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1897.

Sell, Beiträge zur Lehre vom Miet- und Pachtvertrag, im Archiv für zivilistische Praxis. Band 19.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. 11. und 42. Band.

Sintenis, das praktische gemeine Zivilrecht. 2. Band. 2. Aufl. Leipzig 1861.

Unterholzner, Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, herausgegeben von Huschke. 2. Band. Leipzig 1840.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Band. 7. Aufl. Frankfurt 1891.

Wenn Gajus in seinen res cotidianae die Entscheidung eines praktischen Falles damit einleitet: adeo familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio, (l 2 § 1 D. 19. 2), so betrifft das eine Frage, die schon im alten Rom und auch nach der Reception des römischen Rechts in Deutschland stets Gegenstand der Erörterung gewesen ist. Das hat seinen Grund darin, dass beide Kontrakte bemerkenswerte Eigentümlichkeiten mit einander teilen. Sind sie doch beide auf Austausch von Leistungen gerichtet, durch welchen jede Partei ihr eigenes Sonderinteresse selbst auf Kosten des Interesses der andern Partei befriedigen kann,[1] und genügt bei beiden als formeller Verpflichtungsgrund der blosse Konsens, ein Punkt, der besonders für das römische Recht von grosser Bedeutung ist. Von den drei Arten der locatio conductio, welche die Römer unterschieden, war es insbesondere die locatio conductio operis, bei der man auf die nahe Verwandschaft mit dem Kauf stiess, während die Berührungspunkte, welche die locatio conductio rei und die locatio conductio operarum mit dem Kauf boten, von gerin-

[1]) Karlowa S. 632.

gerer Bedeutung waren. Die locatio conductio operis meint Gajus auch in seinen einleitenden Worten. So gross ist aber dennoch die Verwandtschaft von Kauf und Werkvertrag nicht, dass beide Geschäfte denselben Rechtsregeln unterworfen wären. Vielmehr zeigen sich bei der rechtlichen Behandlung zahlreiche bedeutsame Unterschiede. Im römischen Recht ist insbesondere die Mängelhaftung verschieden geregelt, indem die dem Käufer gewährten ädilizischen Klagen nicht auch der locator bei mangelhafter Lieferung anstellen kann, sondern zunächst auf seinen Erfüllungsanspruch beschränkt ist. Kauf und Werkmiete unterscheiden sich ferner durch die verschiedene Behandlung der Gefahrtragung. Während für den Kauf im allgemeinen der Satz gilt periculum est emptoris, d. h. der Käufer den vollen Kaufpreis zahlen muss, auch wenn er infolge nach dem Vertragsschluss eintretender zufälliger oder doch vom Gegner nicht zu vertretender Unmöglichkeit die Ware überhaupt nicht oder in verschlechtertem Zustand bekommt, tritt diese Verpflichtung für den Besteller eines Werkes erst viel später ein: die eine Theorie macht den Gefahrübergang von der Approbation abhängig, eine zweite von der Vollendung, und eine dritte Theorie gibt dann dem conductor ein Recht auf verhältnismässige Vergütung, wenn ein Teil des Werkes zwar noch nicht approbiert, aber probatione dignum war.[2] So sehr also sich beide Verträge in ihrem Wesen nähern, von einer einheitlichen Regelung kann gerade in den Hauptpunkten nicht die Rede sein, und es ist darum von grösster Bedeutung, die Grenze zwischen beiden zu bestimmen. Eine noch grössere Bedeutung gewinnt die Frage, wann Kauf wann Werkvertrag vorliegt, im modernen Recht. Während im römischen Recht Gegenstand eines Werk-

[2]) vgl. Motive S. 497.

vertrags nur operae illiberales sein konnten, ist jetzt die Unterscheidung von operae liberales und illiberales fallen gelassen worden, die Arbeit ist auch eines freien Menschen wert und findet in allen Gebieten, wo man auch hinsieht, in viel höherem Masse Berücksichtigung. Um so mehr wird darum im heutigen Recht die Frage an den Juristen herantreten, in welche Gruppe der einzelne Vertrag einzureihen ist, zumal auch im Bürgerlichen Gesetzbuch beide Verträge in zahlreichen Punkten abweichend von einander behandelt werden. So kann bei mangelhafter Lieferung der Besteller in erster Linie auf Beseitigung klagen, während dem Käufer nur die Wandelungs- und Minderungsklagen und das Recht Schadenersatz zu verlangen zusteht. Der Unternehmer trägt bis zur Abnahme oder, wenn eine solche nicht möglich ist, bis zur Vollendung die Gefahr, der Verkäufer dagegen bis zur Übergabe.[3] Als Besonderheiten des Werkvertrags sind sodann noch hervorzuheben, das Recht des Bestellers einseitig vom Vertrage zurückzutreten, das Pfandrecht des Unternehmers und die Teilvergütungen, die er beanspruchen kann, wenn die Leistung durch Rücktritt oder Verzug des Bestellers oder wegen Untergang des von ihm gelieferten Stoffes überhaupt nicht oder verspätet erfolgt. Die verschiedene rechtliche Behandlung von Kauf und Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch zeigt, welche grosse praktische Bedeutung es auch heute noch hat, beide Verträge scharf von einander zu scheiden und in Fällen, wo sich beide einander nähern, die Grenze zu bestimmen.

---

[3]) Abnahme des Werkes ist keineswegs dasselbe wie Übergabe, sondern die herrschende Meinung versteht darunter: „Die Annahme der als Erfüllung angebotenen Leistung als Erfüllung im Sinne des § 363 BGB." (Lehmann II S. 186) A. M. Dernburg BGB. II. 2. S. 432.

Es kann nun kein Zweifel darüber herrschen, dass nicht jedes Unternehmen, dessen Ausführung Gegenstand eines Werkvertrags sein kann, eine solche Verwandschaft mit dem Kauf aufzuweisen hat, dass der Charakter des Geschäfts zweifelhaft werden könnte. Denn nach BGB. § 631 Abs. 2 kann jeder durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg Gegenstand des Werkvertrags sein, und auch im gemeinen Recht ist die gleiche weite Ausdehnung anzunehmen.[4] Insbesondere kommen also Geschäftsbesorgungen, unter denen der Transport von Personen und Sachen besonders häufig vorkommt, gewisse immaterielle Schöpfungen, z. B. Aufführung eines Schauspiels, und die Herstellung oder Veränderung von Sachen in Betracht. Dass es sich aber z. B. bei einer Geschäftsbesorgung nie um einen Kauf handelt, dürfte wohl als selbstverständlich erscheinen. Zweifel können erst entstehen, wenn es sich um Herstellung oder Veränderung von Sachen handelt, besonders aber dann, wenn zu dieser Arbeitspflicht noch eine Veräusserungspflicht hinzukommt, mag diese nun gegenüber der Arbeitspflicht nur untergeordnete Bedeutung haben oder gleichberechtigt neben ihr stehen. Findet dagegen eine Veräusserung überhaupt nicht statt, so fehlt damit dem Vertrage das dem Kauf Eigentümliche, der Umsatz von Waren gegen Geld, und es wird darum niemals einer in einem solchen Geschäft einen Kauf erblicken.

Ferner können auch nur solche Werkverträge für eine Grenzlinie von Bedeutung sein, bei denen die Gegenleistung des Bestellers in Geld besteht, da es „für den Kaufvertrag im Gegensatz zu andern auf Veräusserung und Umsatz gerichteten Verträgen charakteristisch ist“,[5] dass als Entgelt eine bestimmte Geldsumme ausbedungen ist. Es sind also Werkverträge, bei denen eine

[4]) Motive S. 506.
[5]) Motive S. 317.

andere Vergütung versprochen wird, von unserer Betrachtung ausgeschlossen, so auch der partiarische Werkvertrag, bei dem ein Anteil am Arbeitserfolg als Entgelt versprochen wird. Für das römische Recht erscheint es übrigens als überflüssig, diese Einschränkung besonders zu erwähnen, da auch beim Werkvertrag der Lohn stets in Geld bemessen sein musste. Daher wurde ein dem partiarischen Werkvertrag analoger Vertrag gar nicht als Werkvertrag, sondern als societas angesehen und erst später, als Kontrakte durch jede Hingabe oder Leistung mit der Verpflichtung zur Rückgabe oder Gegenleistung klagbar wurden, als Innominatrealkontrakt behandelt.[6] Zweifelhaft könnte man höchstens sein, ob Kauf oder Werkvertrag vorliegt, wenn „der Erwerber sich zur Zahlung einer Geldsumme und ausserdem noch zu andern Leistungen verpflichtet."[7] Denn eine solche Vereinbarung steht mit dem Wesen des Kaufs keineswegs in Widerspruch, da nur der Hauptzweck des Kaufs auf Umsatz der Ware gegen Geld gerichtet sein muss. Es kann allerdings zweifelhaft sein, wo in solchen Fällen die Grenze zwischen Kauf und einem dem Tausch sich nähernden Innominatkontrakt liegt. Das Ermessen des Richters wird bei mangelnder Vereinbarung entscheiden müssen.[8]

Ebenso wie nicht jeder Werkvertrag für die Grenzbestimmung in Betracht kommen kann, so auch nicht jeder Kauf. Ist das gekaufte Objekt zum gewünschten Gebrauch schon fertig vorhanden, und besteht also die Verpflichtung des Verkäufers lediglich in der Übereignung desselben, so fehlt jede Verwandtschaft mit dem Werkvertrag. Anders wird das aber, wenn die Ware erst noch anzufertigen ist oder einer Umformung bedarf, um den Bedürfnissen

[6]) Vgl. hierüber besonders Crome, part. Rechtsgeb. S. 143 ff. und Albers S. 24.
[7]) Motive S. 321.
[8]) Bernhöft S. 54.

des Käufers zu entsprechen, wenn also neben die Veräusserungspflicht eine Arbeitspflicht des Verkäufers tritt. Ein Kauf erst anzuschaffender oder herzustellender Dinge ist im römischen Recht allerdings erst anzuerkennen, seitdem das Kaufgeschäft den Realvertragscharakter abgestreift hatte,[9] und Einigung über Preis und Ware zum gültigen Zustandekommen genügte. Bis zu dieser Zeit konnte ein Zweifel, ob es sich um Kauf oder Werkvertrag handele, also gar nicht aufkommen. Die Frage ist aber deshalb nur von geringer Bedeutung, weil der Kauf schon früh als Konsensualkontrakt anerkannt war.

Will man in solchen Fällen, wo beide Pflichten neben einander bestehen, eine Grenze zur Lösung der Frage, wann Kauf, wann Werkvertrag anzunehmen ist, ziehen, so giebt es hierfür verschiedene Möglichkeiten. Man könnte derartige Fälle als zwei nur ganz äusserlich mit einander verbundene Geschäfte ansehen, indem man, soweit Veräusserungspflicht Kauf, soweit Arbeitspflicht vorliegt, Werkvertrag annimmt. Dies würde zur Folge haben, dass man in Fällen, wo eine Veräusserungs- oder Arbeitspflicht von nur ganz untergeordneter Bedeutung vorliegt, stets zwei Verträge annehmen muss.

Wenn man aber von einer solchen Konstruktion absieht, da sie dem Parteiwillen sicherlich entgegensteht und es, auch wenn die Grenze wirklich so gezogen wäre, den Kontrahenten selten zum Bewusstsein kommen würde, dass sie zwei Verträge abschliessen, so erscheint am einfachsten die Grenze in der Art gezogen, dass man da, wo die Veräusserungspflicht überwiegt, den Vertrag den Kaufnormen unterstellt, im entgegengesetzten Fall denen des Werkvertrags. Für die Frage, woran man ein

[9]) Endemann W. S. 657.

Prävalieren der einen oder andern Pflicht erkennen soll, würde hierbei in erster Linie die im einzelnen Fall zu ermittelnde Parteiintention massgebend sein.[10] Allgemeine Gesichtspunkte zur Lösung dieser Frage finden wir auch bei Ehrenberg in seiner Kritik des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch (S. 255) aufgestellt und zur Berücksichtigung de lege ferenda als den wirtschaftlichen Verhältnissen am meisten entsprechend vorgeschlagen. Er unterscheidet zwischen der Produktion von Massenartikeln und von speziell herzustellenden Werken, welche nach bestimmten Angaben mit Rücksicht auf ganz bestimmte Zwecke anzufertigen sind. Bei ersteren sei die Anwendung der Kaufgrundsätze zweckmässig, da über die zu veräussernde Ware kontrahiert wird, und es dem Käufer gleichgültig ist, ob sie schon fertig auf Lager ist oder erst noch hergestellt werden muss. Im zweiten Fall hingegen seien deshalb die Grundsätze des Werkvertrags am Platze, weil über eine schöpferische Tätigkeit kontrahiert wird und daher die Veräusserung des Materials gegenüber der aufzuwendenden Arbeit sehr in den Hintergrund tritt. Ist hiernach ein Überwiegen der einen oder andern Pflicht nicht zu erkennen oder zweifelhaft, so wird man beide Pflichten als gleichberechtigt ansehen müssen, da in einer Bevorzugung der einen immer eine unbegründete Zurücksetzung der andern Pflicht liegen würde. Wie aber soll man in solchen Fällen entscheiden, wo beide Pflichten von der gleichen wesentlichen Bedeutung sind und keine gegen die andere zurücktritt? Soll man einen solchen Vertrag als Kauf, soll man ihn als Werkvertrag behandeln oder soll man, um eben beiden Pflichten möglichst gerecht zu werden, aus einem Teil der Kauf- und einem Teil der Werkvertragsnormen ein Geschäft schaffen, das sich als negotium sui generis neben die beiden andern stellt?

[10]) Henle S. 52.

Man sieht, so einfach die Konstruktion auf den ersten Blick erscheint, manche bedeutsame Zweifelsfrage bleibt doch bei ihr ungelöst.

Es ist ferner möglich die Frage nach der juristischen Natur eines beide Pflichten enthaltenden Geschäftes von der Stofflieferung abhängig zu machen. Stellt der Besteller den Hauptstoff, so ist es Werkverdingung, stellt ihn der Lieferant, so ist es Kauf. Eine Lücke zeigt diese Theorie aber, wenn von beiden Parteien Stoff gestellt wird und keine dieser Lieferungen als nebensächlich erscheint. Bei einer derartigen Regelung findet die Veräusserungspflicht eine grössere Berücksichtigung wie die Arbeitspflicht; denn es wird, auch wenn der Unternehmer noch so sehr zum Arbeiten verpflichtet ist, dennoch jedes Geschäft, bei welchem er zur Übereignung des von ihm gelieferten Hauptstoffs verpflichtet ist, für Kauf erklärt. Diese Grenzziehung ist daher keineswegs identisch mit der zuvor besprochenen, da es vorkommen kann, dass obgleich der ganze Stoff vom Unternehmer gestellt wird, dennoch seine Arbeitspflicht überwiegt. Ein Beispiel[11] möge dies erläutern: Ein Maler hat den Auftrag zur Ausführung eines Gemäldes erhalten und bringt die erforderliche Leinwand und die Farben selbst mit. Ohne Zweifel stellt er hier den Hauptstoff, das Geschäft ist also nach der zweiten Theorie als Kauf zu betrachten, und ebenso sicher überwiegt die Arbeitspflicht, die dem Vertrag nach der ersten Theorie den Charakter eines Werkvertrags verleiht.

Ist es dieser Theorie charakteristisch, dass dem Veräusserungsmoment eine erhöhte Bedeutung zugemessen wird, so wird andererseits das Arbeitsmoment mehr in den Vordergrund gerückt, wenn man in allen den Fällen, wo der Lieferant sich zur Herstellung eines Werkes verpflichtet, einerlei ob er selbst oder der Besteller den Stoff beschafft, Werkvertrag annimmt und nur dann einen

[11]) Das Beispiel führt Ehrenberg S. 254 an.

Vertrag für Kauf erklärt, wenn der Unternehmer sich lediglich zur Verschaffung einer Sache verpflichtet. Als Resultat der vorstehenden Übersicht ergiebt sich, dass es mehrere Möglichkeiten für die Grenzziehung giebt, deren Zahl sich noch bedeutend vermehren liesse, wenn man auf geringere Abweichungen innerhalb der einzelnen Möglichkeiten einginge.

Unsere nächste Aufgabe ist nun die, festzustellen, welcher von diesen Theorieen das gemeine Recht sich angeschlossen hat, um Kauf und Werkvertrag von einander zu scheiden. Um dies zu ergründen, ist es nötig, auf die Quellen zurückzugehen, um an der Hand der Rechtsfälle, welche die römischen Juristen entscheiden, das massgebende Prinzip zu finden. Aus den Quellen geht klar hervor, dass die Beantwortung unserer Frage von dem Verhältnis der Parteien zum Stoff abhängt. Erwägt man dies, so rechtfertigt es die im folgenden gewählte Einteilung, dass zunächst die Fälle untersucht werden, in denen der Besteller, dann die, in denen der Unternehmer den Stoff liefert, und schliesslich solche Fälle, in denen beide Parteien Stoff liefern.

Auf die zuerst zu erörternde Frage beziehen sich folgende Quellenstellen: l 2 § 1 D. 19. 2. . . . quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit, und l 20 D. 18. 1. . . . nec posse ullam locationem esse ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret. Die erste dieser beiden Stellen, die übrigens mit unbedeutenden Textänderungen in den Institutionen des Gajus und in den Institutionen Justinians wiederkehrt, gibt die klare Entscheidung, dass locatio conductio abgeschlossen werde, wenn der Besteller das Gold zur Anfertigung der Ringe liefert. Eine Begründung der Entscheidung fehlt aber. Die zweite Stelle stellt eine allgemeine Regel auf. Dieselbe ist deshalb

negativ gefasst, weil im vorhergehenden Satz ein Fall erörtert ist, bei dem die Stofflieferung vom Unternehmer ausgeht. Nach der Ansicht von Albers (S. 16/17) hat diese negative Fassung eine Ungenauigkeit hervorgerufen. Da Gegenstand der Werkverdingung auch ein immaterielles opus sein könne, wobei eine Hingabe von Sachen gar nicht in Betracht kommt, so sei die wörtliche Übersetzung, es könne nur dann locatio vorliegen, wenn das corpus ipsum vom Besteller hingegeben werde, falsch. Richtig wäre nur, wenn Pomponius positiv gesagt hätte: Locatio est ubi corpus ipsum datur ab eo cui id fieret. Albers hat aber hierbei m. E. übersehen, dass zu der Zeit, wo Pomponius diesen Satz schrieb, „opera, die eine reale Basis nicht haben", noch nicht anerkannt waren, sondern „einer späteren Zeit angehören." [12] Für das gemeine Recht ist aber anzuerkennen, dass der Satz eine ungenaue Begründung enthält Was bedeutet aber nun in dieser Stelle corpus ipsum: ist die richtige Übersetzung „Stoff" oder „Hauptstoff"? Diese Frage ist von erheblicher Bedeutung. Denn übersetzen wir es lediglich mit Stoff, so würde der Satz nur eine Bestätigung der zuerst erwähnten Entscheiduug des Gajus sein. Lautet aber die richtige Übersetzung: Werkvertrag liegt vor, wenn der Besteller den Hauptstoff liefert, so lässt sich daraus die Regel ableiten, dass, auch wenn der Unternehmer Nebensachen liefert, das Geschäft den Charakter als Werkvertrag nicht verliert und dass folglich für die juristische Natur des Geschäftes entscheidend ist, von welcher Seite der Hauptstoff beschafft wird. Leider hat hier die so viel gerühmte Knappheit des Ausdrucks, die den römischen Juristen eigen ist, zu einer Unklarheit geführt, so dass ein sicherer Anhalt für die richtige Lösung nicht zu finden ist, und es ist deshalb erklärlich,

[12]) Bechmann, Geschichte des Kaufs S. 430.

dass die Ansicht der Schriftsteller, die sich mit dieser Frage befasst haben, geteilt ist. Dniestrzanski (S. 6), der unter corpus den ganzen Stoff versteht, weist zur Begründung seiner Ansicht auf zwei Punkte hin. In erster Linie macht er auf den Zusammenhang, in dem Pomponius die allgemeine Regel ausspricht, aufmerksam. Der Jurist entscheidet nämlich im vorhergehenden Satz die Frage, was für ein Geschäft vorliegt, wenn jemand eine Statue, ein Gefäss oder ein Kleid bestellt und nichts anderes als den Preis zahlt, also überhaupt keinen Stoff dazu gibt. Gewissermassen das entgegengesetzte Extrem bildet die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn der Besteller allen Stoff gibt. Die Möglichkeit, dass Pomponius nur diese beiden Eventualitäten behandeln wollte, ist nicht von der Hand zu weisen. Den zweiten Grund, den Dniestrzanski anführt, kann ich aber nicht als stichhaltig anerkennen. Er begründet nämlich seine Ansicht auch damit, dass die Möglichkeit der Beisteuerung des Stoffes durch beide Kontrahenten bei den angeführten Beispielen stark in den Hintergrund trete. Dem ist entgegenzuhalten, dass gerade bei der Anfertigung eines Kleides es häufig vorkommt, dass der Besteller den Stoff gibt, während Futter, Zwirn und sonstige Zutaten der Schneider beigibt. Andererseits spricht folgendes Moment dafür, dass corpus als Hauptstoff aufzufassen ist: man beachte das Verhältnis dieser Stelle zu dem folgenden Satz „aliter atque si aream darem ubi insulam aedificiares quoniam tunc a me substantia proficiscitur." Die Parallele von substantia zu corpus ist hier offensichtlich, zumal man mit aliter atque si keine Ausnahme [13] vom Vorhergehenden, sondern einen Gegensatz einzuführen pflegt. Mit substantia kann aber auf keinen Fall der ganze Stoff, sondern wie wir S. 36 sehen

[13]) Henle S. 80.

werden, nur der Hauptstoff gemeint sein. Die Übersetzung von corpus mit Hauptstoff scheint demnach mehr dem Sinn zu entsprechen, den Pomponius in seinen Satz legen wollte. Eine dritte hier passende Stelle ist l 22 § 1 D. 19. 2. quoties faciendum aliquid datur locatio est. Sie bestätigt das aus den beiden andern Sätzen gewonnene Ergebnis, ist aber zu allgemein gehalten, um für die Abgrenzungsfrage von entscheidender Bedeutung zu sein. Was ist nun aber der innere Grund, weshalb ein Vertrag, bei dem der Besteller den Stoff liefert locatio conductio ist? Anhaltspunkte hierfür bieten l 34 Pr. D. 34. 2. . . . si aurum dederit ita, ut ex eo auro aliquid sibi faceret: nam tunc, licet apud aurificem sit aurum, dominium tamen non mutavit, manet tamen eius qui dedit . . . und l. 39. D. 19. 2. non solet locatio dominium mutare. Der Stoff, welchen der Besteller dem Arbeiter zur Bearbeitung hergiebt, geht also nicht in das Eigentum des Unternehmers über. Man könnte ja an einen Verkauf der Sache mit der Verabredung, dass sie mit dem an ihr vollzogenen opus zurückgegeben werde, denken. Unmöglich ist eine solche Konstruktion nicht, und dass derartige Fälle vorkamen, ist in den Quellen bezeugt.[14] Natürlicher ist aber, dass der Besteller dem Unternehmer bloss den Besitz überlässt mit besonderer Abrede über den Zweck des Gebrauchs, wodurch das Geschäft gewissermassen als eine Unterart der conductio rei erscheint. Dies ist auch der Standpunkt der beiden Quellenstellen. Auch Eigentumserwerb durch Spezifikation kann nicht in Betracht kommen, da der Besteller, wenn die Sache in die alte Gestalt zurückgebracht werden kann, das Eigentum behält und auch im entgegengesetzten Fall das Gleiche gilt,

[14]) vgl. Bechmann, Geschichte des Kaufs, S. 431 ff.

weil der Spezifikant nicht in gutem Glauben war.[15] Demgemäss kann von einer Veräusserungspflicht nicht die Rede sein, und Kauf statt Werkvertrag anzunehmen wäre widersinnig.

Voraussetzung der bisherigen Erörterungen war, dass der Unternehmer sich verpflichtet hatte aus dem ihm gelieferten Stoff das Werk zu schaffen. Nun kann aber bei vertretbaren Sachen der Besteller auch erlauben, dass der Unternehmer nach Belieben einen gleichwertigen Stoff statt des gelieferten verwendet. Einen derartigen Vertrag, bei dem nicht in specie, sondern in genere zurückgegeben werden soll, nennt man heute locatio conductio irregularis, in den Quellen kommt diese Bezeichnung aber nicht vor. Es fragt sich nun, ob diese Bezeichnung passt und ob es sich überhaupt bei einem derartigen Geschäft noch um locatio conductio handelt. Eine direkte Entscheidung dieser Frage besitzen wir nicht. Einen Anhaltspunkt für die juristische Natur des Geschäfts bietet folgender Satz der l 31 D. 19. 2, den Alfenus der Entscheidung des bekannten Rechtsfalles, wo mehrere Getreide in das Schiff des Sauffeius verladen haben und das Fahrzeug untergegangen ist, nachdem einer der Verlader seinen Anteil schon zurückerhalten hat, vorausschickt: rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur aut eiusdem generis redderetur; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Alfenus unterscheidet hier zwischen unvertretbaren Sachen, bei denen die Eigentumsverhältnisse sich nicht ändern, und vertretbaren Sachen, bei denen eine darlehnsähnliche Obligation begründet werde. Voraussetzung ist aber hier, dass eine besondere Nebenabrede

[15]) Nach der sog. Okkupationstheorie ist bona fides zwar nicht erforderlich, doch wird diese fast allgemein verworfen, vgl. Dernburg Pandekten I 2 S. 86 und l. 12 § 3 D. 10. 4.

getroffen ist, dass nur in genere zurückgegeben werden soll[16], die Alfenus nur der Selbstverständlichkeit halber nicht erwähnt. Die begründete Obligation ist kein reines Darlehn: es soll zwar tantundem eiusdem generis restituiert werden, aber in einer neuen Form, ausserdem soll der Empfänger der Sache eine merces erhalten[17], beides sind vielmehr Eigentümlichkeiten der locatio conductio. Aber das Geschäft ist darum doch kein Werkvertrag, wenn auch die Stellung der l 31 cit. im Titel locati conducti darauf hindeutet. Vielmehr handelt es sich um ein aus mutuum und locatio conductio gemischtes Rechtsverhältnis.[18] Und zwar ist es mutuum insofern, als der Empfänger Eigentümer wird, die Gefahr trägt und nur in genere restituieren soll, Werkvertrag insofern, als er zum Transport bezw. zur Verbeitung verpflichtet ist und eine Vergütung beanspruchen kann. Das Resultat dieser Erörterungen ist, dass bei der locatio conductio irregularis zwar sowohl eine Arbeits- als auch eine Veräusserungspflicht vorhanden ist, dass sie aber trotzdem nicht zu unserm Gebiet gehört, da gar kein Werkvertrag vorliegt. Übrigens wird noch eine zweite Stelle zur Erklärung der juristischen Natur der locatio conductio irregularis angeführt: l 34 D. 34. 2. Da sie aber von der Voraussetzung ausgeht, dass von vornherein bestimmt ist, dass der conductor anderes Gold nehmen soll, also den Fall ganz ausschliesst, dass das gelieferte Gold verwendet wird, so passt die Stelle nicht vollkommen zu dem uns beschäftigenden Fall. Nach der herrschenden Meinung handelt es sich hier um ein aus Tausch und Werkmiete gemischtes Geschäft.

[16]) Sintenis § 118 Anm. 21 S. 650, Puntschart S 471, ähnlich Sell S. 321, dessen Erörterungen zur Voraussetzung haben, dass die fungible Sache als solche, d. h. ohne Rücksicht auf die übergebene species, tradiert worden ist.

[17]) Sell S. 323 ff.

[18]) So Windscheid S. 465 Anm. 12, Sell, Albers, S. 24.

Den bisher besprochenen Fällen wurde zu Grunde gelegt, dass der Besteller den Stoff lieferte. Der umgekehrte Fall, dass der Unternehmer zugleich auch das Material stellt, ist von den römischen Juristen häufiger erörtert worden, da hier der Charakter des Geschäfts wegen der zweifellos konkurrierenden Arbeits- und Veräusserungspflicht streitiger sein konnte. Gleichgültig ist bei solchen Fällen natürlich, ob das vom Unternehmer gelieferte Material sein Eigen ist oder im Eigentum eines Dritten steht.[19] Es kommt nur darauf an, dass er es „liefert" und dass es nicht schon Eigentum des Bestellers ist. Zu erwähnen ist zunächst die schon mehrfach angeführte l 2 § 1 D. 19. 2. . . . ut ecce si cum aurifice mihi convenit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emtio et venditio sit an locatio et conductio? sed placet unum negotium esse et magis emptionem et venditionem esse.[20] Die Stelle entscheidet den Fall, wo der Goldschmied aus selbst geliefertem Gold Ringe anfertigt, dahin, dass Kauf vorliegt. Aber das ist nicht unbestritten gewesen, wie wir aus einer im übrigen gleichlautenden Institutionenstelle (§ 4 J. 3. 24) entnehmen können, die noch den Satz hinzufügt: Cassius ait materiae quidem emptionem et venditionem contrahi, operae autem locationem et conductionem, und auf deren Ausfall der Satz der Digestenstelle hindeutet: sed placet unum negotium esse Cassius war also der Ansicht, dass zwei Geschäfte vorliegen,

[19]) Albers S. 33.

[20]) Grohé S. 3 macht mit Recht darauf aufmerksam, dass Gajus sich ungenau ausdrückt, wenn er sagt, es sei zweifelhaft, ob Kauf oder Miete vorliege. Das ist nie behauptet worden, dass wenn der conductor das Material stellt, nach römischem Recht Werkvertrag vorliegt. Anders das Pr. Allg. Landrecht.

nämlich Kauf und Werkvertrag. Er scheint aber mit seiner Ansicht sehr vereinzelt dagestanden zu haben; denn es wird kein sonstiger Anhänger seiner Lehre erwähnt, während die Gegenansicht die meisten andern Juristen teilen. Erst in Deutschland finden sich wieder einige wenige Anhänger der Lehre vom Doppelgeschäft, u. a. ist da zu nennen Hugo Grotius, der in seinem berühmten Buch de iure belli pacis lib. II cap XII § 5 einen ganz ähnlichen Fall entscheidet: si fabro promittam ut de suo auro mihi anulos faciat, partim emptio erit partim conductio. Der innere Grund, weshalb die Ansicht des Cassius fast allgemein verworfen wurde, lässt sich leicht finden. Der locator will doch nicht, wenn er sich Ringe bestellt, ein Geschäft über den Kauf des dazu notwendigen Goldes und ausserdem noch ein zweites über deren Anfertigung abschliessen, sondern man darf annehmen, dass die Parteiintention auf den Abschluss einer einheitlichen Obligation geht. „Das zu liefernde ist das ein unzerlegbares Ganze bildende fertige opus“ [21] Warum man aber gerade Kauf und nicht Werkverdingung annahm, obwohl sowohl die Veräusserungs- als auch die Herstellungspflicht in der Obligation enthalten sind, dafür gibt uns Dniestrzanski (S. 5) eine Erklärung. Er führt aus: Zur Annahme eines Kaufes „mag sehr wesentlich das Bestreben beigetragen haben, einen Vertrag, der nur einigermassen die Veräusserungsnatur verriet, den Bestimmungen des damals den Handelsverkehr fast ausschliesslich beherrschenden und von der Jurisprudenz besonders scharf ausgeprägten Kaufkontraktes zu unterordnen und ihm dadurch gewissermassen das Bürgerrecht im Handelsverkehre zu verleihen.“ Doch hierdurch erfahren wir nur, was wohl die Veranlassung gewesen ist, einen

[21]) Münkel S. 10.

Kauf anzunehmen. Die innere Begründung der Entscheidung fehlt aber, denn die Parteiintention, in der bei der Freiheit des obligatorischen Vertrags die Begründung eines Rechtssatzes gesucht werden muss[22], deckt sich in manchen Fällen nicht mit der gesetzlichen Regelung. Man denke nur an das Beispiel von dem Maler, der Leinwand und Farbe selbst beschafft. Hier können wir nicht umhin den Vertrag für einen Kauf zu erklären, trotzdem eine solche Regelung zu dem Parteiwillen entschieden in Gegensatz tritt. Für unsere Frage kommt ferner C. 65. D. 18.1 in Betracht: Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio quod ut faceres: utrum emptio sit an locatio? respondit si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem convenit emptionem puto esse, non conductionem: totiens enim conductio alicuius rei est quotiens materia in qua aliquid praestatur in eodem statu eiusdem manet: quotiens vero et immutatur et alienatur, emptio magis quam locatio intellegi debet. Bei der Interpretation dieser lex dürfte zunächst eine sprachliche Bemerkung nicht überflüssig erscheinen. Störend wirkt nämlich im ersten Satz das quod ut faceres. M. E. hat Javolenus sagen wollen: Die Obligation des Unternehmers ging zugleich auf ein dare d. h. auf das Verschaffen eines Rechts an einer Sache, in unserm Falle des Eigentums, und auf ein facere im engeren Sinn, d. h. auf eine andere Handlung als die Sachleistung, auf die Arbeitsleistung; mit andern Worten es bestand für den Unternehmer zugleich eine Veräusserungs- und eine Arbeitspflicht. Damit stimmen auch das bei der Wiederholung im tresponsum gebrauchte factas ut darem und die am

[22]) Henle S. 83.

Schluss der Stelle gebrauchten Ausdrücke et immutare et alienare überein.[23] Bei dieser Auslegung würde übrigens der zweiten von Mommsen angeführten Lesart quas tu faceres der Vorzug zu geben sein. Henle (S. 75) dagegen scheint anzunehmen, dass facere in seinem weiteren Sinn als das dare und facere im engeren Sinn umfassend gemeint sei, wenn er sagt, es solle „angedeutet werden, dass das dare nicht der einzige Inhalt der Verpflichtung sei, das Ganze vielmehr als ein facere bezeichnet werden müsse." Wozu hat aber dann Javolenus beide Worte nachher wiederholt und sich nicht beschränkt auf das „das Ganze" bezeichnende facere! Was den Inhalt der Stelle anlangt, so müssen wir sie zunächst in den praktischen Fall und in dessen Begründung zerlegen. Im ersten Teil entscheidet sich der Jurist für Kauf, wenn der Lieferant zugleich auch den Lehm zu den herzustellenden Ziegeln stellt. Die Entscheidung entspricht vollkommen der oben besprochenen. Während aber dort Gajus seine Behauptung unbegründet liess, giebt uns Javolenus eine Erklärung. Fraglich ist allerdings, ob diese nur auf den vorliegenden speziellen Fall passt oder ob sie als allgemeine Regel Geltung beanspruchen kann. Um dies festzustellen, ist es von Wichtigkeit die Bedeutung des Wortes status zu finden. Vielfach, so von Glück (S. 320), Grohé (S. 5) und Albers (S. 29) wird status mit Rechtslage übersetzt. Der Sinn der Regel ist dann: bleibt die materia in derselben Rechtslage, so liegt Werkvertrag vor; ändert sich die Rechtslage, d. h. wird eine Veräusserung vorgenommen, so ist es Kauf. Als Grund für die Unrichtigkeit dieser Übersetzung lässt sich mit Henle (S. 77) anführen, dass man nicht ohne weiteres dem Verfasser dieser Stelle solch zwecklose Tautologie vorwerfen kann, dass er Veränderung

[23]) Vergl. Karlowa S. 647.

in der Rechtslage (immutare) und Veräusserung (alienare), obwohl bei dieser Übersetzung beides denselben Sinn hat, zusammenstellt und obendrein noch durch et..et verbindet. Eine andere Erklärung für status glaubt Dnieſtrzanski (S 9) gefunden zu haben. Er übersetzt status mit tatsächliche Lage und giebt demnach der ganzen Regel folgende Gestaltung: „Der Vertrag ist locatio conductio, sobald der Stoff, aus welchem heraus das Produkt geschaffen wird, in derselben Lage ohne Notwendigkeit der Wegschaffung im Eigentum desselben, dem auch der Stoff gehörte, verbleibt. Wenn dagegen behufs Lieferung eine Ortsveränderung mit dem Produkt vorgenommen werden muss und zugleich der Stoff dem Besteller zu Eigentum überlassen wird, so entscheidet sich der Jurist für Kauf." Der Sinn dieser Übersetzung wird zunächst durch mehrere sprachliche Fehler unklar gemacht: so ist davon die Rede, dass der Stoff im Eigentum desselben, dem auch der Stoff gehörte, verbleibt; als das zu immutatur gehörige Subjekt wird Produkt, zu alienatur Stoff fingiert, während für beide materia zu ergänzen ist. Wie steht es aber mit einer allgemeineren Anwendung des Satzes? Den ersten Teil der Regel will Dnieſtrzanski auf die Bearbeitung jeder fremden unbeweglichen Sache ausdehnen, der zweite Satz hingegen sei einer analogen Ausdehnung nicht fähig. Das dürfen wir aber wohl annehmen, dass Javolenus, wenn er eine analoge Anwendung seines Satzes gestatten wollte, sie nicht auf einen Teil des Satzes beschränkte, sondern dem ganzen Satz eine entsprechende Gestaltung gab. Den brauchbarsten Sinn giebt eine Erklärung, die Krüger[24] dieser Stelle giebt. Es ist aber nicht erweislich, dass Javolenus diesen Sinn in seinen Satz hat legen wollen, im Gegenteil die weitgehende Ergänzung des Textes

[24]) Mitgeteilt von Henle S. 77 f.

müsste für uns eher ein Grund dafür sein, auch ihr gegenüber sich ablehnend zu verhalten, wenn nicht alle andern Auslegungen direkt fehlerhaft wären. Denn abgesehen von den bisher angeführten Gegengründen macht Krüger auf einen Fehler aufmerksam, der sämtlichen anderen Autoren, die sich mit der Interpretation dieses Satzes beschäftigt haben, unterlaufen ist. Sie alle haben nämlich nicht beachtet, dass die Stelle lautet conductio rei est. Es ist also Sachmiete, nicht Werkmiete, von welcher der Jurist redet, und für diese passt die Regel: Sachmiete liegt vor, wenn die materia, an der die Leistung erbracht werden soll, im alten Zustand und Eigentum verbleibt. Den Zusammenhang dieses Satzes, dessen Inhalt an und für sich nichts mit dem des zweiten Satzes zu tun hat, erklärt Krüger damit, dass vermutlich zwei Sätze infolge eines Schreibfehlers oder weil sie zu selbstverständlich erschienen, ausgefallen sind. Nach dieser Ergänzung lautet die Regel:

1. Bleibt der alte Zustand und das alte Eigentum, so liegt Sachmiete vor;
2. Bleibt der alte Zustand nicht und das alte Eigentum nicht, so liegt Kauf vor;
3. Bleibt der alte Zustand, aber das Eigentum nicht, so liegt Kauf vor;
4. Bleibt der alte Zustand nicht, aber das Eigentum, so liegt Werkmiete vor.

Von diesen Sätzen geben Satz 2 und 4 für die Abgrenzungsfrage insoweit einen brauchbaren Sinn, als nur Fälle in Betracht kommen können, in denen eine Partei sämtlichen Stoff stellt, da die Regel sonst in Widerspruch zu der Entscheidung solcher Fälle tritt, wo beide Parteien sich in die Stofflieferung teilen, insbesondere zu dem Satz der L. 22. § 2. D. 19. 2: proprietatem ad me

transfert et tamen locatio est. Wir haben es also nicht nötig, die Stelle mit Dankwardt (S. 49) als „sehr unsicher und undeutlich" zu bezeichnen. Dankwardt verwirft aber nur die allgemeine Regel, während er den ihr vorausgehenden Rechtsfall voll bestehen lässt, ja sogar aus ihm in Zusammenhang mit der S. 24 erwähnten l 22 § 1 D 19. 2 quoties faciendum aliquid datur locatio est, eine von den bisherigen Ergebnissen der Interpretation vollkommen abweichende Abgrenzung von Kauf und Werkvertrag abzuleiten sucht. Auf die Eigentumsfrage komme es bei der Abgrenzung gar nicht an. Liege vielmehr res data, worunter Dankwardt einen dem Unternehmer überlieferten oder angewiesenen Gegenstand versteht, und faciendi necessitas vor, so sei das Geschäft, ohne Rücksicht darauf, ob die res data dem artifex zu Eigentum übertragen werde, immer locatio conductio. Bestehe aber für den artifex keine Verpflichtung zum Arbeiten, sondern nur zur Lieferung, so sei der Vertrag Entreprise. Andererseits liege Lieferungskauf vor, wenn die Verpflichtung des artifex dahin gehe, ut daret rem factam. Der ganzen Theorie ist das eigentümlich, dass sie, wenn res data vorliegt, die necessitas faciendi in den Vordergrund rückt, ohne dabei die necessitas alienandi irgendwie zu berücksichtigen, während im entgegengesetzten Fall allein letztere Berücksichtigung findet. Gerade aber in l 65 cit, die Dankwardt als undeutlich bei Seite schiebt, sahen wir eine erhöhte Berücksichtigung der Veräusserungspflicht. Es ist daher wohl zu verstehen, wenn Grohé (S. 22) ihm zum Vorwurf macht, er habe die Regel deshalb verworfen, weil er sah, dass sie zu seiner Theorie nicht passte, und es sei ihm daher gar nicht unwillkommen gewesen,

dass schon ein anderer vor ihm den Satz verworfen hatte.[25] Ebenso willkürlich geht er, wie Grohé nachweist, auch mit anderen Stellen, die er als Belege für die Richtigkeit seiner Theorie anführt, um, indem er die passenden Sätze willkürlich aus dem Zusammenhang herausreisst. Einen dritten Fall, bei dem der Unternehmer zugleich auch Lieferant des Stoffes ist, bespricht l 20 D. 18.1.: Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam,[26] veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus emptionem videri. In Übereinstimmung mit der Entscheidung der beiden andern Fälle erklärt Sabinus und dessen Ansicht referierend Pomponius dieses Geschäft für Kauf. Die Entscheidung setzt voraus, dass der Besteller nihil alind quam pecuniam giebt Hält man hier an der strengen Wortauslegung fest, so muss man zu dem Schluss kommen, dass, wenn der Besteller irgend welchen Stoff liefert, sei er auch noch so unwesentlich, kein Kauf mehr vorliegen kann. Eine Anzahl Schriftsteller stellen auch diesen Satz auf, so Glück (S. 319) und Baron (§ 297). Es ist aber wohl kaum möglich, sich ihrer Ansicht anzuschliessen. Vielmehr erklärt sich der Satz daraus, dass Pomponius nur die Möglichkeit ins Auge gefasst hat, dass der Unternehmer den ganzen Stoff liefert. Gleich im nächsten Satz würde sich auch ein Widerspruch mit der gegnerischen Schlussfolgerung finden: nec posse ullam locationen esse ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret. Hier lautet die allgemeine Regel: nur dann, wenn das corpus ipsum, der Hauptstoff, vom Besteller herrührt, kann

[25]) Westphal. zur Lehre vom Kauf § 7 hatte, wie Dankwardt selbst anführt, schon die Brauchbarkeit der Stelle bezweifelt.

[26]) Über die Bedeutung des etiam herrscht Streit. Der Sinn der Stelle, der uns nur interessiert, wird aber durch die Änderungsvorschläge nicht betroffen.

man locatio conductio annehmen, aus dem speziellen Fall aber wollen die Anhänger der Gegenansicht schliessen, dass schon bei geringfügigeren Stofflieferungen des Bestellers Werkvertrag vorliegt.

Die bisher erörterten Quellenstellen behandelten nur Fälle, in denen der Besteller oder der Unternehmer den Stoff zur Arbeit lieferten. Zwar übersetzten wir oben corpus mit Hauptstoff. Doch war das nur eine Vermutung. Der zu Grunde liegende Rechtsfall selbst erwähnte nur Stofflieferung von Seiten des Unternehmers. Nun kann es aber auch vorkommen, dass der Stoff teilweise vom Besteller, teilweise vom Unternehmer gestellt wird. Für die Entscheidung der Frage, welchen Normen ein solches Geschäft zu unterstellen ist, kommen zwei Rechtsfälle in Betracht, die beide einen Hausbau betreffen, bei dem, wie es wohl im täglichen Leben das gewöhnliche ist, der Besteller den Grund und Boden zur Verfügung stellt, während der Baumeister die Materialien liefert. Die erste dieser Stellen schliesst sich unmittelbar an den zuletzt erörterten Rechtsfall an und lautet: (locatio conductio est) si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur. Ein solches Geschäft wird also für Werkvertrag erklärt mit der Begründung, dass die substantia vom Besteller ausginge. Über die Bedeutung dieses Satzes sind die Meinungen geteilt, die einen erklären ihn durch die sog. Lehre von der Akzession, andere sehen darin die Regel, dass die Hauptsache entscheidet und dass die Römer als diese beim Haus immer den Grund und Boden ansahen. Die Lehre von der Akzession[27] geht von dem sachenrechtlichen Grundsatz superficies cedit solo und der

[27]) vgl. hauptsächlich Riezler S. 58 ff.

l 39 pr. D. 6. 1 redemptores qui suis cementis aedificant, statim cementa faciunt eorum, in quorum solo aedifikant aus, und betont demnach, dass die Baumaterialien des Unternehmers sofort, wenn sie mit dem Grundstück des Bestellers durch Einbauen verbunden werden, ipso iure in das Eigentum des Bestellers übergehen. Infolgedessen könne dann eine Verpflichtung zur Übertragung nach Kaufrecht nicht mehr bestehen und als eigentlicher Inhalt der Leistungspflicht bleibe nur noch die Arbeitspflicht übrig, d. h. hier die Pflicht den Grund und Boden zu bearbeiten. Aber diese Beweisführung enthält einen Trugschluss, wie Henle (S. 24 f.) genauer nachweist: denn wenn auch das Eigentum am Material durch Verbindung mit dem Grundstück schon übergeht, fehlt doch die Pflicht zur Veräusserung nicht. Zur Veräusserung durch Rechtsgeschäft ist der Unternehmer allerdings nicht verpflichtet, aber seine Verpflichtung geht dahin; die Verbindung zu bewirken und dadurch sein Eigentum auf den Besteller zu übertragen. Man kann also gar nicht davon reden, dass deshalb locatio conductio bei einem derartigen Hausbau angenommen werde, weil nur eine Arbeitspflicht bestände. Vielmehr ist der Grund, warum der Jurist Werkvertrag annimmt, darin zu suchen, dass der vom Besteller gelieferte Stoff, der Grund und Boden, die Hauptsache ist, dem gegenüber das Material als Nebensache zu betrachten ist und folglich an dem Charakter des Geschäfts als Werkvertrag nichts ändern kann, da das juristische Wesen eines Vertrags sich nach dem Hauptgegenstand desselben bestimmt.[28] Dass den Römern der Boden die Hauptsache war, lässt sich auch schon daraus entnehmen, dass sie den Satz superficies cedit solo aufstellten, und man darf sich

[28]) vgl. Motive S. 475.

nicht daran stossen, wie z. B. Münkel (S. 11), dass diese Auffassung in manchen Fällen „zu den Tatsachen des Lebens in Widerspruch steht, zumal wenn man an die kostbaren und kunstreichen Tempel und Paläste des alten Roms denkt." Eine eigentümliche Mittelstellung in dieser Frage nimmt Dniestrzanski ein. Er erkennt ausdrücklich an (S. 11), dass in der Verbauung der Materialien eine Veräusserung enthalten sei, trotzdem liege aber das Schwergewicht deshalb in der Verrichtung der Arbeit, weil Grundstücke durch ihre Attraktionsfähigkeit die verbauten Materialien in sich aufgehen lassen (S. 6.), nicht, wie wir annehmen, deshalb, weil die Hauptsache bearbeitet und nur hinsichtlich der Nebensache eine Veräusserung vorgenommen wird. Warum aber eine Veräusserung durch Verbindung nicht ebenso schwerwiegend sein soll wie die rechtsgeschäftliche Veräusserung ist nicht einzusehen. Die zweite Stelle, l. 22 § 2 D. 19. 2. lautet: Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitas. Wie schon oben erwähnt betrifft auch diese Stelle einen Hausbau. Die Entscheidung stimmt mit der vorigen überein. Sie betont nur ausdrücklich, dass trotz Vorliegens einer Veräusserung der Vertrag locatio conductio ist; veräussert wird aber nur die Nebensache, die Hauptsache, der Grund und Boden, gehört ja dem Besteller.[29] Die Begründung der Entscheidung ist vollkommen von der in l. 20 cit gegebenen verschieden und lässt sich nicht mit ihr vereinen. Während dort für die juristische Natur die Tatsache den Ausschlag gab, dass der

[29]) Trotzdem die Begründung dieser lex nicht von Haupt- und Nebensache spricht, dürfen wir diesen Teil des Satzes wie vorstehend erklären in Hinsicht auf den Satz superficies cedit solo.

Besteller, die Hauptsache lieferte, also die Stofflieferung allein Berücksichtigung fand, ist hier von der Stofflieferung gar nicht die Rede, entscheidend ist das Vorliegen der necessitas faciendi. Weil sie bei einem derartigen Hausbau die Hauptverpflichtung sei, liege Werkvertrag vor. Die beiden Begründungen können nicht neben einander bestehen bleiben. Denn oft legen die Parteien den Hauptwert auf die Arbeitspflicht, trotzdem der zur Arbeit Verpflichtete zugleich auch den Hauptstoff veräussern muss. Es bleibt uns also nichts anderes übrig, als eine von beiden bei Seite zu schieben, und zwar wird l. 22 § 2 cit. der l. 20 cit. weichen müssen, da nur letztere auch mit den übrigen Quellenstellen in Einklang steht und in gleicher Weise wie diese die Stofflieferung betont. Henle (S. 94) glaubt allerdings der l. 22 § 2 cit. den Vorzug geben zu müssen, da sie dem Parteiwillen mehr entspricht. Demgemäss leitet er aus ihr die Theorie ab, dass die juristische Behandlung solcher Fälle, wo beide Pflichten vorhanden sind, sich nach der Hauptverpflichtung richtet, und nur wenn keine der Pflichten Nebenverpflichtung ist, lässt er das Veräusserungsmoment entscheiden. Um aber bei dieser Theorie Widersprüche aus dem Weg zu räumen, muss er zunächst l. 20 cit. vollständig ignorieren und auch die in l. 65 cit. aufgestellte Regel als lediglich für den konkreten Fall passend bezeichnen, während sie, wie wir oben Seite 32 gesehen haben, nach der Auslegung, die er selbst ihr gegeben hat, einer Ausdehnung auf alle solche Fälle fähig ist, in denen eine Partei den ganzen Stoff liefert. Ausserdem aber leiten die übrigen Quellenstellen, wenn sie auch nicht seiner Theorie direkt widersprechen, absolut nicht auf diese hin. Im Gegenteil, man darf wohl annehmen, wenn es auch nicht ausdrücklich hervorgehoben wird, dass in l. 65 cit. die Herstellung der Ziegel gegenüber der Veräusserung

des Lehmbodens die Hauptverpflichtung ist und trotzdem entscheidet sich Javolenus für Kauf. Wir geben also der l. 20 cit. den Vorzug und erkennen nur soviel an, dass l. 22 § 2 cit. einen fruchtbaren Gedanken erhält, der wenn er unter den römischen Juristen Anklang gefunden hätte, wohl geeignet war, das dem Parteiwillen oft widersprechende römische Einteilungsprinzip zu reformieren.

So aber lassen sich als Ergebnis der Quelleninterpretation folgende Sätze aufstellen, die auch im gemeinen Recht als die Grundlage für die Grenzbestimmung anzusehen sind, da die überlieferten Quellenstellen für sie allein massgebend waren:

1. Liefert der Besteller den ganzen Stoff, so gilt das Geschäft als Werkvertrag;
2. Liefert der Unternehmer den ganzen Stoff, so gilt es als Kauf;
3. Liefern beide Stoff, so ist das Geschäft Werkvertrag, wenn der Besteller den Hauptstoff liefert, im umgekehrten Fall liegt Kauf vor.

In diesen Sätzen vermissen wir die Erledigung einer Frage. Wir stellten in ihnen die Fälle gegenüber, dass die eine oder die andere Partei den Hauptstoff liefert. Nun kann aber auch der Fall vorkommen, dass der Hauptgegenstand sowohl vom Besteller als auch vom Unternehmer gestellt wird. Als Beispiel hierfür wird der von Ehrenberg (S. 254) angeführte Talerhumpen genannt, zu dessen Anfertigung der Besteller die Münzen und der Arbeiter das ebenso notwendige und wertvolle übrige Silber stellt. Wir haben die Frage bisher nicht erörtert, da sich in den Quellen die Entscheidung eines derartigen Falles nicht findet. Solche Fälle kommen aber, wenn auch nicht allzu häufig, so doch immerhin vor und daher sah sich die Wissenschaft genötigt

eine Entscheidung hierfür zu finden. Grohé (S. 24) glaubt allerdings, dass, wenn auch äusserlich in solchen Fällen keiner von beiden Stoffen als nebensächlich erscheint, in Wirklichkeit ein derartiger Fall nicht möglich sei; der Besteller dokumentiere stets, welche von beiden Leistungen die entscheidende sein soll. Auf seine Intention sei deshalb das Hauptgewicht zu legen, zumal für ihn der andere Kontrahent tätig werde. Gegen diese Ansicht aber ist einzuwenden, dass sehr wohl der Fall vorkommen kann, dass auch die Parteien keine Leistung als nebensächlich ansehen. Grohé hat allerdigs damit Recht, dass bei der Bestellung eines Talerhumpens der Besteller wohl meist dokumentiert, dass er die Münzen als das Hauptsächlichere ansehe. Aber man denke sich den Fall, dass jemand zur Anfertigung einer Sache noch gerade die Hälfte des Materials vorrätig hat und die Anschaffung der andern Hälfte dem Unternehmer überlässt. Dann kann doch niemand behaupten, dass hierbei eine der Leistungen nebensächlich sei. Die Möglichkeit eines solchen Falles, wo von beiden Parteien Hauptsachen geliefert werden, ist also nicht zu bezweifeln. Münkel (S. 44) will nun einen derartigen Vertrag deshalb den Regeln des Werkvertrags unterstellen, weil zur vollen Hälfte jede Veräusserungspflicht fehlt, während das Geschäft in seiner Gesamtheit die Arbeitspflicht enthält. Hierbei bleibt aber die Frage des Eigentumsübergangs ungelöst.[30] Denn beim Werkvertrag kommt eine Veräusserung nicht in Betracht, da der vom Besteller gelieferte Stoff auch während der Verarbeitung in seinem Eigentum bleibt und nur ausnahmsweise eine Übereignung hinsichtlich etwaiger Zutaten stattfindet, die der Lieferant beigibt, kraft der Inkorporationsgrundsätze. Für Fälle, wo beide Hauptmaterial liefern, lässt sich aber keine entsprechende Möglichkeit der Eigen-

[30]) Riezler S. 64.

tumsübertragung finden. Wir sind also genötigt Kauf anzunehmen, da die Möglichkeit eines Innominatkontraktes wohl nicht in Betracht kommt. Dies dürfen wir um so eher tun, als wir auch in sonstigen Entscheidungen gesehen haben, welche grosse Bedeutung die Römer dem Veräusserungsmoment beimessen.[31] Trotzdem lässt sich nicht verkennen, dass die Nichtberücksichtigung der oft überwiegenden Arbeitspflicht zu Unzuträglichkeiten führen kann. Auf jeden Fall würde es aber zu einer Rechtsunsicherheit führen, wenn man im Einzelfall abmessen wollte, welches Moment den Ausschlag geben soll. Daher ist es besser, das Geschäft für Kauf zu erklären, wobei anderweitige Parteivereinbarung natürlich nicht ausgeschlossen ist.

Das Ergebnis, welches wir aus den Quellen gewonnen haben, kann uns nicht nur wegen seiner Unvollständigkeit nicht voll befriedigen, sondern in viel höherem Masse sind es die Konsequenzen, die wir für die Behandlung der Fälle, in denen der Lieferant auch das Material stellt, aus der Unterstellung eines solchen Vertrags unter den Kauf ziehen müssen und die als „unzweckmässig und wirtschaftlich bedenklich"[32] erscheinen. Dieses unbefriedigende Ergebnis wird sich am deutlichsten hinsichtlich der Mängelgewähr und des Zeitpunkts des Gefahrübergangs zeigen. Ist das vom Verkäufer gelieferte Werk mit Mängeln behaftet, so stehen dem Käufer die actio redhibitoria, die primär auf Umstossung des ganzen Geschäfts geht, und die actio quanti minoris auf Preisminderung, beide alternativ konkurrierend, zu.

[31]) So sieht auch Henle S. 84 den Vertrag als Kauf an. Es ist aber wohl anzunehmen, dass er aber im Sinne der herrschenden Abgrenzungslehre so entscheidet. Denn wer der eigenen Meinung Henles, oben S. 38, folgen will, wird sich meist für Werkvertrag entscheiden müssen, da in der Regel die Arbeitspflicht hier überwiegen wird.

[32]) Dernburg, Pandekten II. S. 313. Anm. 9, ähnlich Ehrenberg S. 254.

ausserdem wird ihm bei dolus und Garantie die actio emti auf das Interesse gegeben. Während Dernburg (Pandekten II, S. 282) diese 3 Klagen bei jedem Kauf gewährt, will Windscheid (II, S. 443) beim Kauf generisch bestimmter Sachen nur die actio emti geben. Der Grund dieser Kontroverse ist darin zu suchen, dass uns in den Pandekten kein Fall überliefert ist, in dem bei einem Genuskauf die ädilizischen Klagen angewendet werden. Dernburg misst dem aber keine Bedeutung zu, da der Genuskauf den Römern noch unbekannt war. Für das gemeine Recht sei vielmehr ein Ausschluss dieser gesteigerten Haftung nicht anzunehmen, Windscheid hingegen hält sich enger an das aus den Quellen gewonnene Resultat und lässt deshalb die ädilizischen Klagen beim Kauf generisch bestimmter Sachen nicht Platz greifen. Um aber eine Anwendbarkeit der actio emti zu erzielen, nimmt er bei einem solchen Kauf als stillschweigend vereinbart an, dass das zu Liefernde fehlerlos geliefert werden soll. Hierdurch erlangt der Käufer das Recht, anderweitige Lieferung zu verlangen, das nach Dernburg nur bestehen würde, wenn fehlerlose Lieferung ausdrücklich ausbedungen ist. Da eine genauere Untersuchung, welche Theorie die richtige ist, den Rahmen der Arbeit überschreiten würde, werden im folgenden beide Theorien gleichmässig als zutreffend angenommen. Die verschiedenen Klagen sind auch bei dem Kauf einer erst anzufertigenden Sache gegeben. Der Käufer kann also in den meisten Fällen ohne weiteres das fertig gestellte Werk wegen eines vielleicht nur geringen Mangels zurückweisen, so dass dann der Unternehmer ein Werk in Händen hat, das er oft für einen ganz speziellen Fall hergestellt hat und für das er nur selten eine Verwendung finden wird, abgesehen davon, dass ein Ersatz des Aufwands und des durch die Arbeit hervorgerufenen Zeitverlustes nicht stattfindet. Und nur wenn wir der

Windscheidschen Theorie folgen, würde sich wenigstens beim Genuskauf ein Recht des Verkäufers auf Beseitigung des Mangels ergeben, da die anderweitige Lieferung, welche mit der actio emti verlangt werden kann, auch in der Lieferung der ausgebesserten Sache bestehen kann.[33] Unser Billigkeitsgefühl verlangt aber, dass dem Verkäufer das Beseitigungsrecht in allen Fällen gegeben wird, ebenso wie auch der Unternehmer, wenn er ein mangelhaftes Werk aus Stoff des Bestellers liefert, zunächst nur auf bessere Leistung verklagt werden kann, die, wenn unverzügliche Nachbesserung möglich ist, in der Beseitigung des Mangels besteht, und nur ausnahmsweise auf das Interesse haftet, wenn nämlich Verschulden oder Garantie seinerseits vorliegt.

Auch hinsichtlich des Gefahrübergangs zeigt die Anwendung der Kaufgrundsätze auf den Kauf einer anzufertigenden Sache, wenigstens soweit es sich um einen Spezieskauf handelt, ein ebenso unbefriedigendes Ergebnis. Dass es überhaupt spezielle Bestimmung erst anzufertigender Sachen giebt, ist allerdings bestritten worden, so von Emerich (S. 22), indem „die Unbestimmtheit, welche das Wesen der generischen Bestimmung ausmacht und die gleichfalls alle zukünftigen Sachen trifft, dazu verleitet, letztere mit den generisch bestimmten auf eine Stufe zu stellen."[34] Aber im allgemeinen wird angenommen, dass eine solche möglich ist und dass die Individualisierung dadurch geschieht, dass „der Hersteller der Sache angewiesen wird, seine Tätigkeit in einer ganz bestimmten Richtung auszuüben."[35] Beim Spezieskauf gilt, soweit er nicht suspensiv bedingt ist, der Satz periculum est emptoris. Es wird also der zur Arbeit verpflichtete Verkäufer schon mit dem

[33]) Henle S. 73.
[34]) Ihering IV, S. 409.
[35]) Riezler S. 56, so auch Karlowa S. 616, Henle S. 62.

Vertragsschluss von jeder Zufallshaftung frei, und der Käufer muss, wenn auch die Sache zufällig untergeht, trotzdem eine wesentliche Verpflichtung des Arbeiters noch garnicht erfüllt ist, doch den vollen Preis zahlen. Es lässt sich nicht verkennen, dass dadurch der Besteller in hohem Masse der Willkür des Unternehmers unterworfen wird, der bei solcher Regelung, wie Münkel (S. 38) und Ehrenberg (S. 280) zutreffend bemerken, eher ein Interesse an dem Untergang wie an dem Zustandekommen des Werkes haben dürfte und leicht in die Versuchung gerät, dem Zufall etwas unter die Arme zu greifen. Die Anwendung der Kaufgrundsätze erscheint also in diesem Punkte als durchaus unpassend. Es ist allerdings auch der Versuch gemacht worden, einen derartigen Kauf in Ermangelung einer für ihn getroffenen Sonderbestimmung den für andere Kaufarten getroffenen Bestimmungen, die den Moment des Gefahrübergangs weiter hinausrücken, zu unterstellen. So sieht Windscheid (S. 466) in ihm eine Suspensivbedingung, indem er schreibt: „es ist anzunehmen, dass der Kauf unter der Bedingung der Billigung abgeschlossen ist." Die Gefahr würde dann erst mit Eintritt der Bedingung übergehen. Grosse Ähnlichkeit zeigt der Kauf einer anzufertigenden Sache auch mit den andern Arten des Kaufs zukünftiger Sachen, besonders mit der emptio rei speratae. Darum dürfte die Untersuchung der Frage nicht fernliegen, ob ein solcher Kauf bezüglich des Gefahrüberganges nicht analog derselben behandelt werden kann, mithin der Unternehmer im Augenblick der Entstehung der Sache von der Gefahrtragung frei wird. Die emptio rei speratae unterscheidet sich aber dadurch von einem Kauf unserer Art, dass er nur unter Umständen eine Handlung des Verkäufers erfordert, während bei dem uns beschäftigenden Kauf die Arbeitspflicht des Unternehmers zum wesentlichen Vertrags-

inhalt gehört. Da nun die Arbeit teils vor, teils nach der Entstehung der Sache geleistet wird, so kann dieser Moment für den Gefahrübergang kaum massgebend sein. In befriedigenderer Weise ist der Moment des Gefahrübergangs beim Genuskauf geregelt. Denn wenn auch bezüglich der genauen Fixierung dieses Zeitpunkts die Wissenschaft wenig einheitlich ist — nach der herrschenden Iheringschen Theorie tritt der Gefahrübergang mit der Lieferung ein, nach Thöl mit der Benachrichtigung, nach andern mit der Ausscheidung[36] - so ist das doch nach allen Theorieen ein viel späterer Zeitpunkt als der Vertragsschluss. Billigerweise erscheint aber ein solcher für jeden Kauf einer anzufertigenden Sache, nicht nur für einen Genuskauf, als angemessen. Die unbefriedigenden Ergebnisse der herrschenden Lehre waren vielfach die Veranlassung dazu, aus den Quellen anderes herauszulesen — zu erinnern sind an die von Dankwardt und Henle aufgestellten Theorieen —; doch alle Versuche mussten vergeblich sein, da die Quellen mit Notwendigkeit auf die Stofflieferungstheorie hinführten und demnach alle Verträge, in denen der Lieferant sich zur Herstellung **aus eigenem Stoff verpflichtete, ohne Unterschied für Kauf erklärten.**

Auch in der Praxis der obersten Gerichte ist nicht zu verkennen, dass sie bemüht waren, das Ergebnis möglichst günstig zu gestalten, d. h. dem Billigkeitsgefühl entsprechend. Zunächst sind allerdings auch zahlreiche Entscheidungen ergangen, die sich vollständig auf den Boden des aus den Quellen gewonnenen Ergebnisses stellen und auf Kauf erkennen, wenn der Unternehmer das Material geliefert hat, so Maschinenlieferungsverträge,[37] auch wenn „der Verfertiger sich zugleich anheischig gemacht hat, bei

[36]) vgl. Windscheid S. 422.
[37]) Goldschmidt V S. 256 und 257.

Ablieferung der Maschine einen seiner Arbeiter mitzusenden und durch solchen die Maschine auf dem Grundstücke des Bestellers aufstellen und in Gang bringen zu lassen",[37] die Anfertigung eines Walzwerks, das der Besteller aus der Fabrik abholt,[38] die Fertigung und Lieferung eines Mühlenwerks, ohne dass Lieferant noch die Einrichtung oder Aufstellung des Werkes besorgen soll,[39] und die Lieferung von drei Flussschiffen.[40]

Eine andere Gruppe von Entscheidungen dehnt die in den Quellen getroffene Bestimmung, dass beim Bau einer insula der Grund und Boden immer als die Hauptsache anzusehen ist, in analoger Weise auf alle solche Fälle aus, wo mit einem Grundstück eine Vorrichtung verbunden wird. Auf diese Weise ist man nicht genötigt, in solchen Fällen der Hauptregel entsprechend Kauf anzunehmen. So nimmt das Urteil des Reichsgerichts vom 24. 5. 1886[41] bei einem Vertrag, der nicht nur auf Anfertigung und Lieferung, sondern auch auf Aufstellung und Ingangsetzung einer Mühleneinrichtung für eine Pauschalsumme geht, Werkvertrag an. Zugleich heisst es in den Gründen: „Es hat auch die Praxis locatio conductio operis angenommen, wenn der Besitzer einer Mühle in solcher gegen eine auch auf das Material mitbemessene Ackordsumme neue Gänge anlegen liess. Auch „die schon oben erwähnte Reichsgerichtsentscheidung in I S. 57" scheint dieser Ansicht hinzuneigen, insofern sie für die Annahme, es liege Kauf vor, Gewicht auf den Umstand legt, dass in jenem Vertrage nicht davon die Rede ist, der Lieferant solle auch noch die Einrichtung und Aufstellung des Werkes besorgen."

---

[38]) Seuffert XI S. 359.
[39]) Entsch. des R. G. I S. 57.
[40]) Entsch. des R.O.H.G. XIX S. 262.
[41]) Seuffert Band 42 S. 159.

Noch weiter wie diese Entscheidungen geht eine dritte Gruppe, die sich zu der quellenmässigen Grundlage in offenbaren Widerspruch setzt. Bei dem ersten der beiden Fälle[42] handelt es sich um die Lieferung von Drehscheiben. Der Unternehmer hat nicht sämtliches Material zu liefern, sondern der Besteller hat die Räder, Laufschienen etc. zu stellen, ausserdem liegt letzterem die Montierung der Drehscheibe ob, die Abnahme der einzelnen Maschinenteile ist sogar schon vor dem Montieren erfolgt. Das Gericht erkennt hier auf locatio conductio, indem es sich, obwohl eine Verbauung seitens des Unternehmers überhaupt gar nicht stattfindet, auf analoge Anwendung der Grundsätze der insula aedificanda beruft. Das Gericht scheint aber selber die Begründung seiner Entscheidung nicht für zweifellos richtig anzusehen. Denn es fügt den Gründen hinzu, dass, auch wenn die juristische Konstruktion einer locatio operis wegen der Bestimmung, dass das Montiren von der Eisenbahndirektion ausgeführt werden soll, beanstandet werde, dennoch das Geschäft als Werkverdingung anzusehen sei, da dann das Recht des Erfüllungsortes, das Preussische Recht, zur Anwendung komme, das ohne Unterschied, ob der Besteller oder der Unternehmer den Stoff beschafft, ein derartiges Rechtsgeschäft für Werkverdingung erklärt. Im zweiten Fall[43] handelt es sich um die Lieferung von Dampfkesseln und dazu gehörigen Maschinenteilen. Dieser Vertrag ist nach dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch „als Kaufvertrag zu betrachten". Das Urteil führt nun aus, dass das Gesetz damit nicht sagen wolle, das Rechtsgeschäft sei schlechterdings Kauf, sondern nur dass es nach Kaufgrundsätzen zu behandeln sei; es legt dann weiterhin

---

[42]) Entsch. des R.U.H.G. XXIII S. 89 f.

I 2 § 60 19.2 in demselben Sinn aus: eigentlich und prinzipiell stelle sich der in dieser Quellenstelle behandelte Vertrag als ein aus Kauf und Verdingungsvertrag gemischtes Geschäft dar (die Ansicht des Cassius) und nur aus Utilitätsgründen sei es ratsam erschienen (magis intellegi debet), denselben positiv als Kauf zu behandeln. Auch dieses Urteil zeigt das Bestreben, den Verdingungsvertrag möglichst von der Anwendung der Kaufgrundsätze in solchen Fällen zu befreien, wo deren Anwendung als unbillig erscheint. Der gewählte Ausweg überschreitet aber hinsichtlich der Interpretation die Grenzen des Möglichen. Noch ein drittes Urteil[43] wird für die gleiche Tendenz der Judikatur angeführt, so von Ehrenberg (S. 257): dieses erkläre einen Maschinenlieferungsvertrag im Gegensatz zu ähnlichen Entscheidungen für Werkverdingung. Grohé (S. 35) weist aber nach, dass der Verfasser der Urteilsgründe sich gar nicht die Frage vorgelegt hat, ob es sich um Kauf oder Werkvertrag handele, da er die entsprechenden Ausdrücke in buntem Gemisch untereinander abwechseln lässt. Das Urteil kann darum nicht in diesem Zusammenhang in Betracht gezogen werden. Das Ergebnis der besprochenen Urteile lässt sich dahin zusammenfassen, dass die obersten Gerichte sich meist an die herrschende Lehre des gemeinen Rechts angeschlossen haben, wenn sich allerdings auch in einigen Fällen eine Strömung gegen sie geltend macht. Und so können wir als Abschluss des gemeinen Rechts nicht viel mehr sagen als das, was sich als das Resultat der Quelleninterpretation ergeben hat. In Bezug auf unsere Frage hat sich die Rechtsentwicklung der neueren Zeit nicht so regsam gezeigt, in manchen Fällen auftauchende Unbilligkeiten mehr den fortgeschritteneren Rechtsgedanken anzupassen, vielmehr sehen wir nur für sich vereinzelt dastehende und darum für die Allgemeinheit erfolglose Versuche, einerseits in

[43]) Goldschmidt XXIII S. 498.

der Wissenschaft durch Aufstellung besonderer Theorieen, andererseits in der Gerichtspraxis bei der Entscheidung einzelner Fälle, billigeren Rechtsgedanken zum Siege zu verhelfen.

Bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs sah man sich vor die Frage gestellt, ob man die in einem grossen Teil Deutschlands geltenden Grundsätze des gemeinen Rechts beibehalten und demnach die Grenzbestimmung nach Massgabe der von der herrschenden Meinung vertretenen sog. Stofflieferungstheorie treffen wollte oder ob man in Anbetracht der z. T. unbefriedigenden Ergebnisse diese Regelung vollkommen fallen lassen wollte, zumal sich im Allgemeinen Preussischen Landrecht ein Vorbild für eine auf ganz anderer Grundlage beruhende Grenzbestimmung bot. Letzteres beurteilt einen Vertrag dann als Werkvertrag, wenn „das facere des Übernehmers, die Herstellung des Arbeitsproduktes, den Hauptgegenstand des Vertrages bildet.“[44] Dadurch gewährt es die Möglichkeit, dass die Parteiintention Berücksichtigung findet; denn es hängt in jedem einzelnen Fall von dem Willen der Contrahenten ab, ob sie auf das facere das Hauptgewicht legen wollen, während nach gemeinem Recht gewissermassen schablonenhaft in den Fällen, wo die Lieferung des Werkes eine Veräusserung von Seiten des Unternehmers enthält, die Vorschriften des Kaufvertrags Anwendung finden. Trotz dieser für den ersten Blick günstigeren Gestaltung der Abgrenzungsfrage im Preussischen Recht haben sich die Gesetzgeber dafür entschieden, grundsätzlich an der Lehre des gemeinen Rechts festzuhalten. Ohne sich aber eng an sie zu klammern, bauten sie auf dieser Grundlage weiter und haben dadurch ein viel befriedigenderes Ergebnis hervorgebracht als das aus der gemeinrechtlichen Ein-

[44]) Motive S. 474.

teilung sich ergebende. Demnach wird auch diesem Teil der Abhandlung die Einteilung zu Grunde liegen, dass die verschiedenen Möglichkeiten der Stofflieferung der Reihe nach erörtert werden.

Entsprechend der gemeinrechtlichen Bestimmung lässt sich auch heute der Satz an die Spitze stellen, dass in denjenigen Fällen, in welchen der Besteller den Stoff liefert, ein Werkvertrag vorliegt, weil allein eine Arbeitspflicht hier besteht. Oder sollte nicht doch auch eine Veräusserungspflicht des Unternehmers in Betracht kommen können? Diese Frage hier aufzuwerfen ist deshalb nicht so fernliegend, weil durch die Arbeit des Unternehmers oft eine Spezifikation hervorgerufen wird und dann leicht Zweifel darüber entstehen können, ob nicht auf diese Weise der Unternehmer an den ihm zur Erfüllung seiner Arbeitspflicht übergebenen Gegenständen Eigentum erwirbt, zu dessen Rückübertragung er vertraglich verpflichtet ist. In den Fällen, wo die Verpflichtung des Unternehmers in einer Veränderung von Sachen besteht, ist eine solche Spezifikation zwar nicht möglich. Denn § 950 B.G.B. erfordert, dass ein neues Sachindividuum entsteht und zwar durch Verarbeitung oder Umbildung einer oder mehrerer Stoffe. Die Verpflichtung des Unternehmers richtet sich hier aber lediglich darauf, die anvertraute Sache zu bearbeiten, eine Verarbeitung oder Umbildung findet gar nicht statt.

Eine genauere Untersuchung bedarf die Frage nach dem Eigentumserwerb des Arbeiters also nur dann, wenn Gegenstand des Vertrags Herstellung einer neuen Sache ist. Doch auch in einem solchen Fall bleibt das neu geschaffene Objekt auf jeden Fall dann im Eigentum des bisherigen Eigentümers des Stoffes, wenn dessen Wert den Wert der Verarbeitung oder Umbildung erheblich übersteigt, wenn also z. B. aus kostbarem Metall eine neue Sache, aus Gold ein Ring hergestellt werden soll. Wenn

dagegen die Verarbeitung im Verhältnis zum Stoff das wertvollere ist, scheint sich kein Hindernis zu ergeben, § 950 anzuwenden und demnach den Arbeiter mit der Fertigstellung des Werkes zum Eigentümer des ihm anvertrauten Stoffes zu machen. Man bedenke aber nur die Folgen, die ein solcher Eigentumsübergang haben würde. Abgesehen davon, dass der Unternehmer das Eigentum kaum erworben wieder zurückübertragen muss,[45] würde es in der Zwischenzeit ganz in seinem Belieben stehen, nach Willkür mit dem Stoff zu verfahren, ohne dass der frühere Eigentümer es ihm zu verbieten berechtigt wäre. Der Besteller wäre höchstens auf einen Schadenersatzanspruch beschränkt, den Gegenstand selbst könnte er aber nicht zurückverlangen. Auch die Verfasser des ersten Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch scheinen nicht verkannt zu haben, dass einen Eigentumsübergang bei einem derartigen Vertrag anzunehmen nicht ratsam ist. Denn die Motive (III S. 360) erwähnen den Fall ausdrücklich, halten aber eine besondere Bestimmung hierüber nicht für angebracht, sondern glauben die Beantwortung der Frage der Entscheidung in der Wissenschaft und Praxis vorbehalten zu müssen. Auch aus dem endgültigen Gesetzestext kann man den Schluss ziehen, dass die Gesetzgeber keinen Eigentumserwerb angenommen haben. Dies ergiebt sich besonders daraus, dass dem Unternehmer nach § 647 B.G.B. ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten beweglichen Sachen des Bestellers zusteht. Als Eigentümer hätte er aber ein solches nicht nötig, da es ihm dann freistehen würde, so lange mit der Rückübertragung des Eigentums zu warten, bis der Besteller ihm genügende Sicherheit für die Begleichung seiner Forderung bietet. „Wozu braucht er ein Pfandrecht, wenn er

[45]) Albers S. 42.

das weit stärkere und umfassendere Eigentumsrecht an der hergestellten Sache besässe?" bemerkt Emerich (S. 7) zutreffend.[46] Dafür, dass kein Eigentumsübergang stattfindet, spricht ferner auch der Umstand, dass die Gefahr des Stoffes bei dem Besteller bleibt, eine Regel, die wenn das Eigentum auf den Unternehmer überginge, als unbegründet erscheinen würde. In der Wissenschaft konstruiert man nun die Tätigkeit des Unternehmers so, dass er in fremden Diensten als mittelbarer Spezifikant die neue Sache herstellt und daher das Eigentum für den Arbeitsherrn erwirbt.[47] So geht das alte Eigentum am Material mit der Spezifikation zwar unter, ein neues tritt aber im gleichen Augenblick an dessen Stelle. Praktisch setzt sich das Eigentum des Bestellers also fort,[48] und eine Veräusserungspflicht des Unternehmers kommt nicht in Betracht. Es bleibt somit nur die Möglichkeit, ein solches Geschäft als Werkvertrag zu bezeichnen. In Übereinstimmung hiermit sagen auch die Motive (II S. 477): „Wenn der Besteller den Stoff beschafft hat, ohne denselben an den Übernehmer veräussert zu haben, ist die Annahme eines Kaufvertrags ausgeschlossen, da die Annahme eines Kaufes in einem solchen Falle sich mit dem Wesen des Kaufvertrages schlechthin nicht verträgt und zu der Konsequenz nötigen würde, in jedem Dienst- oder Werkvertrag einen Kaufvertrag zu finden, dessen Gegenstand Dienstleistung oder Arbeit wäre."

---

[46]) Begrifflich unmöglich ist allerdings ein Pfandrecht an der eigenen Sache nicht. So geht z. B. das Pfandrecht an beweglichen Sachen durch Zusammentreffen mit dem Eigentum in einer Person nicht unter, wenn der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat oder die Forderung, für welche das Pfandrecht bestellt ist, mit dem Recht eines dritten belastet ist (§ 1256 BGB.)

[47]) So Dernburg, BGB. III S. 300, Endemann F II S. 334, Emerich S. 6, Albers S. 43.

[48]) Emerich S. 7.

Hat aber der Unternehmer sich verpflichtet, aus von ihm selbst zu beschaffendem Stoff ein Werk herzustellen, so ist die Annahme eines Kaufvertrags nicht so fernliegend. Denn hier tritt, da der Unternehmer das Eigentum an den von ihm gefertigten Sachen behält, neben die Herstellungspflicht unzweifelhaft auch die Veräusserungspflicht. Das gemeine Recht nahm denn auch, wie wir gesehen haben, in solchen Fällen immer Kauf an, ohne aber dadurch den Parteien die Möglichkeit zu nehmen, nach Belieben die Anwendung der Kaufgrundsätze im Einzelfall auszuschliessen. Dem schliesst sich auch der erste Entwurf an, indem er in § 568 bestimmt: „Hat der Übernehmer sich verpflichtet, aus einem von ihm selbst zu beschaffenden Stoffe das Werk herzustellen und dem Besteller zu liefern, so finden auf den Vertrag, sofern nicht ein anderes vereinbart ist, die für den Kaufvertrag geltenden Vorschriften Anwendung." Mit besonderem Nachdruck betont der Entwurf, dass es sich um eine Dispositivbestimmung handelt. Er will dadurch jeden Zweifel darüber ausschliessen, dass es sich hier nicht um einen durch die Rechtslogik gebotenen Grundsatz handelt.[49] Vielmehr soll es den Kontrahenten absolut freistehen, sich den Normen des Werkvertrags zu unterwerfen wie überhaupt jede abändernde Regelung beliebig zu treffen, ein Grundsatz, der für das Obligationenrecht wohl als die Regel anzusehen ist. Prinzipiell erklärt also diese Regelung die Anwendung sowohl der Kauf- als auch der Werkvertragsnormen in gleicher Weise für möglich. Trotzdem enthält sie aber eine entschiedene Hinneigung zum Kaufrecht. Denn der Parteiwille kommt nur selten zum klaren Ausdruck. „Von den juristischen Feinheiten haben die Parteien", wie Ehrenberg (S. 289)

[49]) Motive S. 476.

gelegentlich der Kritik dieser Vorschrift ausführt, „meist keine Ahnung, von den Verschiedenheiten zwischen beiden Verträgen erst recht keine Vorstellung." Es ist also in den meisten Fällen absolut nicht zu erkennen, worauf die Intention der Parteien gerichtet ist, und folglich die Anwendung der Kaufvorschriften das gesetzlich gebotene. Die Vorschrift erreicht somit nicht viel mehr als das, was vermieden werden sollte.[50] Man hatte beabsichtigt, in § 568 wenigstens etwas, im Gegensatz zu der Bestimmung des gemeinen Rechts, der Parteiintention eine gewisse Bedeutung zuzumessen. Das Richtigste wäre nun gewesen, von einer gesetzlichen Regelung vollkommen abzusehen. Dennoch hatte man sich aber, wie die Motive zu § 568 berichten, dafür entschieden, eine Bestimmung, wie die fraglichen Verträge zu beurteilen sind, in das Gesetz aufzunehmen, weil für den Richter, wenn lediglich die Parteiintention massgebend sein würde, immer die Schwierigkeit bestehen würde, welcher Kategorie er in zweifelhaften Fällen einen derartigen Vertrag unterstellen sollte. Bei der Häufigkeit dieser Verträge und der grossen Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung sei es vielmehr angemessen, dem Richter einen Anhaltspunkt zu geben. Nun erkennen die Motive selbst an, dass in zahlreichen Fällen die Intention der Kontrahenten nur schwer zu ermitteln ist und sich oft keine Anhaltspunkte dafür ergeben, ob der eine oder der andere Vertrag gewollt ist, und sprechen dadurch selbst das ablehnende Urteil gegen § 568 aus. Denn die Bestimmung des Entwurfs wird zur Folge haben, dass zwar an erster Stelle der Richter den einzelnen Fall zu prüfen hat, um aus positiven Vereinbarungen oder konkludenten Handlungen den Parteiwillen zu vermitteln, wobei der einzige Fortschritt gegen-

[50]) Vgl. Ehrenberg S. 286 ff, ihm folgend Münkel S. 18 f.

über dem römischen Recht darin besteht, dass es jederzeit den Parteien möglich ist, eine anderweitige Regelung als die gesetzlich präsumierte zu behaupten. Dann sind sie aber verpflichtet, den Beweis dafür anzutreten, dass eine solche Abmachung vorliegt. Die Schwierigkeit desselben lässt den Fortschritt aber nicht als sehr gross bezeichnen. Soweit nun dieser Beweis nicht erbracht wird, kann es leicht geschehen, dass auch bei Stofflieferungen, die im Verhältnis zur Arbeit ziemlich geringfügig sind, der Richter genötigt ist, Kauf anzunehmen. Hiermit kommen wir dann wieder auf die gemeinrechtliche Regelung zurück. Die Folge dieser unzweckmässigen Bestimmung waren die von der Wissenschaft zahlreich aufgestellten Gegenvorschläge. Vielfach schossen sie aber darin über das Ziel hinaus, dass sie nun für sämtliche Fälle, in denen der Unternehmer den Stoff lieferte, den Werkvertrag als die grundlegende Norm für eine zweckmässige Regelung ansahen, ohne die bei dessen ausschliesslicher Anwendung hervortretenden Mängel zu bemerken, so namentlich, dass dann jede Regelung hinsichtlich der Veräusserungspflicht des Unternehmers fehlt. Die Änderungsvorschläge hatten zur Folge, dass die zweite Kommission die im ersten Entwurf getroffene Regelung fallen liess. Es kam nunmehr für den zweiten Entwurf eine Fassung zustande, die die Beantwortung der Frage, ob und in wieweit die Vorschriften des Werkvertrags anzuwenden seien, nicht mehr lediglich der Parteibestimmung überliess. Vielmehr giebt uns jetzt das Gesetz einen objektiven Massstab in die Hand. Abgesehen von geringfügigen redaktionellen Änderungen ist der entgültige Gesetzestext in dem gleichen Sinne abgefasst. § 651 Abs. 1 B.G.B. lautet demnach: „Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so hat er dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das

Eigentum an der Sache zu verschaffen. Auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung; ist eine nicht vertretbare Sache herzustellen, so treten an die Stelle des § 433, des § 446 Abs. 1 Satz 1 und der §§ 447, 459, 460, 462 bis 464, 477 bis 479 die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647, 648."

Wir müssen nun zunächst das Gebiet abstecken, innerhalb dessen die Bestimmungen des § 651 Anwendung finden. Der Text des Paragraphen redet von solchen Fällen, in denen der Unternehmer sich verpflichtet ein Werk herzustellen. Demnach dürfen diejenigen Verträge diesem Paragraphen nicht unterstellt werden, die den Unternehmer nur zu einer Bearbeitung des von ihm gelieferten Stoffes verpflichten, ohne dass dabei eine Neuschaffung vorgenommen wird, wenn also z. B. das vom Besteller gewünschte Objekt zwar schon fertig vorhanden ist, aber noch einer Umformung bedarf, um seinen speziellen Wünschen zu entsprechen. In solchen Fällen wird vielmehr meist ein Kauf vorliegen, dem als Auflage eine Veränderung des Objektes hinzugefügt ist.[51] Auch kann es gerade hierbei besonders leicht vorkommen, dass zwei Verträge vorliegen, von denen der eine auf Veräusserung, der andere auf Verarbeitung gerichtet ist. Besonders ist das dann anzunehmen, wenn die Abreden zeitlich auseinander fallen oder für beides eine besondere Vergütung ausgemacht ist.[52] Eine darauf gerichtete Prüfung sollte also gerade in solchen Fällen nie unterlassen werden. Aber auch nicht jeder Fall, in dem der Unternehmer sich zu einer Neuherstellung verpflichtet, ist den Normen des § 651 unterworfen, obwohl der Wortlaut des Paragraphen dem nicht entgegenstehen würde. Vielmehr ist eine

[51]) Albers S. 44.
[52]) Emerich S. 9.

Ausnahme für den Fall zu machen, dass die Herstellung des Werkes nur zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt oder dass es gar nicht in der Absicht der Parteien liegt, dass ein Eigentumswechsel hinsichtlich der hergestellten Sache stattfinden soll. Der erste Entwurf deutete dies dadurch an, dass hinter: „Verpflichtet sich der Übernehmer . . . herzustellen" noch die Worte standen „und dem Besteller zu liefern" und auch die Motive betonen (S. 476), dass „die Vorschrift unverkennbar nur in den Fällen zur Anwendung geeignet ist, in welchen der Unternehmer das Werk zu verschaffen oder zu liefern hat, namentlich also nicht in den Fällen, in denen er selbst Eigentümer bleiben oder doch der Besteller das Eigentum nicht erwerben soll." Im geltenden Gesetzestext fehlen diese Worte, der Grund warum sie gestrichen sind, ist unbekannt, da die Kommissionsprotokolle nichts hierüber mitteilen. Dass man sich in dieser Frage aber auf einen andern Standpunkt gestellt hat, ist wohl kaum anzunehmen, zumal auch allgemeine Erwägungen zu dem Resultat führen, dass Werkvertrag vorliegt. Das Reichsgericht hat einen Rechtsfall dieser Art, allerdings noch unter der Geltung des gemeinen Rechts, entschieden;[53] dessen Begründung ist aber doch jetzt noch von Bedeutung, da sie deutlich zeigt, warum in solchen Fällen eine Ausnahme von den gewöhnlichen Regeln zu machen ist. Es handelt sich um einen Zirkus, den der Unternehmer aus eigenem Material aufgeschlagen hat zugleich mit der Verpflichtung, ihn nach Beendigung der Vorstellungen der Kunstreitergesellschaft abzubrechen und den Bauplatz in Ordnung zu bringen. Das Urteil nimmt Werkverdingung an von der Erwägung ausgehend, dass das Schwergewicht auf der Arbeit des Unternehmers deshalb

[53]) Entsch. des RG. XIII S. 209.

beruhe, weil, wenn das Gebäude nach kurzer Zeit wieder abgebrochen und die Materialien zurückgenommen werden sollen, die Arbeit noch eine vermehrte ist und bei der Berechnung der Bausumme nur die Differenz zwischen dem Anschaffungs- und Abbruchswerte in Frage kommt, die Lieferung des Materials daher noch erheblich mehr zurücktritt. Dieselben Erwägungen müssen auch nach Bürgerlichen Gesetzbuch dafür massgebend sein, dass Werkvertrag vorliegt und § 651 nicht anwendbar ist. Weiterhin kann nach dem Wortlaut des Paragraphen zweifelhaft sein, ob sein Anwendungsgebiet nur diejenigen Fälle umfasst, in denen der Unternehmer sich verpflichtet persönlich das Werk herzustellen, oder ob es dem Unternehmer auch erlaubt ist, die Arbeit durch Gehülfen unter eigener Leitung oder sogar durch dritte von ihm unabhängige Personen ausführen zu lassen. Die erste Frage, ob Gehülfen zugezogen werden dürfen, ist wie auch im gemeinen Recht[54] im Sinne ihrer Unzulässigkeit zu entscheiden. Bezüglich der zweiten Frage verwerfen die Motive (S. 472 f.) eine ausdrückliche Regelung, da es den Parteien überlassen sein muss zu bestimmen, ob und in wieweit sie der Ausführung in Person Gewicht beilegen, und die Entscheidung der Frage sich vielfach auch aus den besonderen Umständen des speziellen Falles ergiebt. Das Bürgerliche Gesetzbuch folgt auch hierbei dem Standpunkt, den das gemeine Recht vertrat, ausserdem aber auch die meisten neueren Gesetzgebungswerke. Eine abweichende Regelung findet sich nur im Allgemeinen Preussischen Landrecht,

---

[54]) Siehe ausser Motiven auch Dernburg, gem. Recht II S. 431. „Gehülfen darf der Unternehmer auch verwenden, wenn er zur persönlichen Herstellung gemäss der Parteivereinbarung oder der Natur der fraglichen Arbeit verbunden ist".

das dem Werkmeister die Pflicht auferlegt, selbst das Geschäft auszuführen, und ihm nur die Zuziehung von Gehülfen gestattet. Kommt es dagegen auf die eigene Tätigkeit des Unternehmers gar nicht an, so liegt nicht Werkvertrag, sondern eine dem heutigen Recht unbekannte Vertragsart, der sog. Lieferungsvertrag, vor. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat Recht daran getan, überhaupt keine Bestimmung zu treffen; denn bei einem grossen Teil derartiger Fälle ist es dem Besteller vollkommen gleichgültig, wer das Geschäft ausführt, es kommt ihm vielmehr nur darauf an, das nach Wunsch fertig gestellte Werk zu erhalten. Andererseits mag es aber vielfach auch den Parteien auf die persönlichen Eigenschaften, insbesondere die Kunstfertigkeit des Arbeiters ankommen. Wollen hier die Parteien das Recht der Weiterverdingung ausschliessen und dadurch persönliche Herstellung zum wesentlichen Vertragsinhalt machen, so ist ihnen das natürlich unbenommen, wie es sich in manchen Fällen wohl auch schon aus der Natur des Vertrages ergeben wird. In der Literatur wird ferner vielfach die Frage erörtert, ob der sog. Spezifikationskauf unter die Vorschriften des § 651 fällt. Hierunter versteht man einen „Vertrag, bei welchem das Quantum der abzunehmenden Ware verabredet ist, hinsichtlich der Qualität aber dem Käufer ein Bestimmungsrecht darüber zusteht, in welchen Massen oder in welcher Form innerhalb einer bestimmten Sorte zu liefern ist.“[55] Ein Spezifikationskauf liegt also z. B. vor, wenn eine bestimmte Menge Eisen verkauft und zugleich dem Käufer vorbehalten wird, innerhalb einer festgesetzten Frist zu bestimmen, wie lang und wie breit die einzelnen Stücke sein sollen. Oertmann (S. 376) und Riezler (S. 69) sind der Ansicht, dass ein reiner Kauf vor-

[55]) Riezler S. 69.

liege, da die Arbeitsleistung gar keine Rolle spiele und der Umstand, dass der Lieferant die ausgewählten Formen möglicherweise erst herzustellen habe, dem Geschäft nicht die Grundfärbung verleihe. Der Kauf habe nur die Eigentümlichkeit, dass die nähere Individualisierung des Kaufobjektes noch vorbehalten sei. Dagegen bringen Planck (S. 390), Emerich S. 93) Kuhlenbeck (§ 651) den Spezifikationskauf unter die Regeln des § 651 Abs. 1, da Kaufobjekt nicht der schon vorhandene Stoff, sondern die aus Stoff des Unternehmers herzustellenden Sachen sind, wobei die nebensächliche Mitwirkung des Bestellers durch Erteilung von Anweisungen und Anordnungen die Anwendung der betreffenden Vorschrift nicht ausschliessen könnte. Letztere Ansicht scheint die richtige zu sein; denn eine so unbedeutende Stellung nimmt die Herstellungspflicht in dem Vertrag nicht ein, dass sie überhaupt keine Berücksichtigung verdient. Auch die locatio conductio irregularis kann in gewissen Fällen unter § 651 fallen. Da das Bürgerliche Gesetzbuch keine besondere Bestimmung über sie trifft, so ist es der Parteiwillkür überlassen, ob sie das Eigentum an dem vom Besteller gelieferten Stoff sofort mit der Übergabe auf den Unternehmer übergehen lassen will oder ob der Unternehmer erst dann Eigentümer der Sachen werden soll, wenn er zur Ausführung des Werkes wirklich einen andern als den empfangenen Stoff verwendet. In ersterem Fall ist das Geschäft von vornherein nach § 651 Abs. 1 zu beurteilen, die Besonderheit besteht nur darin, dass dem Unternehmer ein Teil der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen in anderer Form wie gewöhnlich gewährt wird[56] und dass der vom Unternehmer beschaffte Stoff zuvor dem Besteller gehörte. Soll aber nach der Ansicht der Parteien der Eigentumsübergang erst eintreten, wenn der Unternehmer andern

[56]) Crome, BGB. S. 706, Planck S. 390.

Stoff verwendet, so ist das Geschäft zunächst als ein reiner Werkvertrag anzusehen, und der Unternehmer hat es in der Hand dadurch, dass er von seiner Befugnis zur Stoffersetzung Gebrauch macht, den Vertrag unter die Norm des § 651 zu bringen.[57] Letztere Absicht ist wohl von den Parteien am ehesten als gewollt anzunehmen, da dann der Besteller möglichst lange in fortdauerndem Eigentum am Stoffe bleibt und dadurch sein Hauptsicherungsmittel möglichst lange behält. Ein Vertrag über anzufertigende Sachen aus Material des Unternehmers ist oft ein Handelsgeschäft, d. h. ein Geschäft eines Kaufmanns, das zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört (§ 343 HGB.) und demnach sind für dieses die Normen des Handelsrechts massgebend. § 381 Abs. 2 HGB. bestimmt nun in Widerspruch zu § 651 BGB., dass „die Vorschriften über den Kauf von Waren auch Anwendung finden, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist." Doch hat diese Vorschrift keine so weittragende Bedeutung, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte. Denn hierdurch wird eine Anwendbarkeit des § 651 auch auf Handelsgeschäfte nicht vollkommen ausgeschlossen,[57] da die Bestimmung des § 381 nur für die wenigen Sondervorschriften, die das Handelsgesetzbuch für den Handelskauf enthält, gilt, wie überhaupt die Vorschriften des Handelsrechts über den Handelskauf als eine Ergänzung zu den Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzusehen sind. Insbesondere kommen also, wenn der Vertrag als Handelsgeschäft anzusehen ist, abgesehen von den nach § 651 massgebenden Bestimmungen, ergänzend die handelsrechtlichen Vorschriften hinsichtlich der für den Fall der Mangelhaftigkeit der Ware dem Besteller obliegenden Untersuchungs- und Anzeige-

[57]) Vgl. Lehmann zu § 381.

pflicht und der Aufbewahrungspflicht, hinsichtlich des Rechts zur Hinterlegung, wenn der Besteller in Annahmeverzug gerät, und ferner die den Spezifikationskauf und das Fixgeschäft betreffenden Vorschriften in Betracht. § 651 findet also auch auf Handelsgeschäfte seine Anwendung.

Der Wortlaut des § 651 weist auf die verschiedene Behandlung hin, die nach BGB. ein Vertrag der uns beschäftigenden Art erfährt, je nachdem es sich um die Herstellung vertretbarer Sachen oder nicht vertretbarer handelt. Vertretbar sind gemäss der Definition des § 91 solche „bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Mass, Zahl oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen." Besonderer Nachdruck ist bei dieser Begriffsbestimmung auf die Worte „im Verkehr" zu legen. Denn dadurch wird dokumentiert, dass nicht jede Sache als vertretbar anzusehen ist, die lediglich von der Privatwillkür nach Mass, Zahl oder Gewicht bestimmt wird, vielmehr entzieht sich dies dem Willen der Parteien und richtet sich danach, ob die einzelne Sache nach der Verkehrsauffassung durch eine andere gleichwerte ersetzbar ist. Auch wenn die zu leistende Sache erst hergestellt werden soll, ist eine individuelle Bestimmung der Leistung möglich; denn „eine Sache, die in fertigem Zustand nur als nicht vertretbar in Betracht kommt, bleibt nicht vertretbar, auch wenn sie erst hergestellt werden soll."[58] Es kann nun allerdings vorkommen, dass eine Sache, die nach der Verkehrsanschauung als nicht vertretbar anzusehen ist, von den Parteien im Einzelfall so behandelt wird, als ob sie vertretbar wäre. Dadurch bleibt sie aber nichtsdestoweniger nicht vertretbar und Rechtswirkungen können sich daran nicht knüpfen. Nicht mit derselben Strenge wie wir scheint die zweite Kommission den Begriff der vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen gefasst

[58]) Emerich S. 22.

zu haben, obwohl gerade in § 651 sich an die Unterscheidung der beiden Begriffe bedeutsame Rechtsfolgen knüpfen. Denn in den Kommissionsprotokollen (S. 724) heisst es, die Rechtsprechung werde nicht verkennen, dass es den Parteien unbenommen ist, eine Sache, die nach § 91 im gewöhnlichen Verkehr als eine vertretbare zu gelten hat, in ihrem Vertragsverhältnis als eine nicht vertretbare zu behandeln und dadurch ihren Vertrag unter die Vorschriften des Werkvertrags zu stellen. Dieser Satz der Protokolle ist von weittragenderer Bedeutung, als sein Verfasser beabsichtigt haben mag. Denn er zeigt, dass die Anschauung, die der Gesetzgebung zu Grunde lag, als sie den Unterschied in der rechtlichen Behandlung für vertretbare und nicht vertretbare Sachen schuf, nicht dem entspricht, was eine Auslegung der vertretbaren Sache des § 91 ergiebt. Hier stehen sich also gegenüber die vertretbare Sache des § 91 und die vertretbare Sache, wie sie nach der Ansicht der zweiten Kommission in § 651 auszulegen ist. Im Sinne der Kommission würde es nicht zu weit gegangen sein, wenn wir den Begriff „nicht vertretbare Sache" in § 651 dahin definieren: als nicht vertretbar gelten nicht nur nach § 91 im Verkehr als nicht vertretbar geltende Sachen, sondern auch vertretbare Sachen, wenn sie von den Parteien als nicht vertretbar angesehen werden. Wir stehen demnach vor der Wahl ob wir vertretbar im Sinne der Legaldefinition des § 91 auffassen oder uns an die Protokolle halten wollen. Dass die Bedeutung der letzteren nicht überschätzt werden darf, zumal sie keine offizielle von den Gesetzgebern verfasste und herausgegebene Arbeit darstellen, ist bekannt. Dennoch möchte ich aber in diesem Falle ihnen den Vorzug geben. Bestimmend hierfür scheint mir in erster Linie zu sein, dass die Gesetzgeber doch gewissermassen

als die intellektuellen Urheber der in den Kommissionsprotokollen vertretenen Definition anzusehen sind. Nicht minder aber muss für uns der Umstand bestimmend sein, dass nach allgemeinen Grundsätzen eine Grenze, die der Auffassung der Protokolle folgt, der gesetzlichen entschieden vorzuziehen ist. Denn die Entscheidung, wann Fälle vorliegen, in denen die zu leistende Arbeit beim Vertragsschluss für die Parteien wesentlicher ist als die Lieferung der Ware, richtet sich zwar in der Regel nach der in dem Begriff vertretbar liegenden Verkehrsauffassung; genauer aber ist die im Einzelfall den Parteien zu Grunde liegende Absicht für entscheidend zu erklären, die sich nicht immer mit der Auffassung des Verkehrs deckt.

Bei diesen letzten Erörterungen haben wir schon die Frage gestreift, warum das Gesetz eine Scheidung zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen macht; denn wir unterschieden in Verbindung mit dieser Scheidung Fälle, in denen die Arbeit von wesentlicherer Bedeutung ist, und solche, bei denen sie mehr in den Hintergrund tritt. Zu dieser Trennung hat die erste Veranlassung das unbefriedigende Ergebnis des § 568 des ersten Entwurfs gegeben. Erst hierdurch wurde sich die Wissenschaft dessen bewusst, dass es manche Fälle gab, in denen die Behandlung als Kauf höchst unpassend war. Daher sah man sich genötigt, die Frage zu untersuchen, in welchen Fällen die Anwendung der Kaufvorschriften zweckmässig und in welchen Fällen eine anderweitige Regelung wünschenswert sei. Zuerst machte nun Ehrenberg (S. 255) auf den grossen Unterschied aufmerksam, der darin besteht, ob von der Industrie Massenartikel produziert werden oder ob Verträge über die Lieferung speziell nach bestimmten Anweisungen herzustellender Werke abgeschlossen werden. Ihm folgend

hat die zweite Kommission den angeregten Gedanken aufgenommen und ihn für die Lösung der Frage für zweckmässig erachtet. Die Protokolle berichten demnach (S. 724) ausführlich über den inneren Grund der Scheidung: Bei der Herstellung vertretbarer Sachen, die viele Abnehmer haben und daher leicht auf Vorrat gefertigt werden können, trete der Gesichtspunkt des Arbeitsverhältnisses zurück; denn im Leben werde ein Unterschied zwischen dem Fall, dass eine bereits vorhandene und dem Fall, dass eine erst herzustellende vertretbare Sache zu liefern sei, nicht gemacht; jedenfalls käm der Unterschied, soweit er als vorhanden anzuerkennen sei, den Vertragschliessenden in der Regel nicht zum Bewusstsein. Dies zeigt sich am deutlichsten daran, dass oft die bestellende Partei gar nicht erfährt, ob die Sache noch hergestellt werden muss oder ob sie schon fertig vorhanden ist.[59] Anders aber ist es bei nicht vertretbaren Sachen. Hier wird nicht über die Ware zwischen den Parteien kontrahiert, sondern über die schöpferische Tätigkeit, welche erst noch zu vollziehen ist und bei der „derjenige, welcher die zu liefernde Sache aus eigenem Stoff herzustellen sich verpflichtet hat, in ähnlicher Weise für den Besteller arbeitet wie derjenige, welcher aus einem von dem Besteller gelieferten Stoff eine Sache herstellen soll.“[60] Hier besteht demnach auch eine innere Verwandschaft mit dem Werkvertrag, während bei vertretbaren Sachen die zu leistende Arbeit vollkommen in den Hintergrund tritt. In der Erkenntnis dieser bedeutsamen Verschiedenheit liegt also der Grund, einen Unterschied in der rechtlichen Behandlung der Herstellung vertretbarer und nicht vertretbarer Sachen zu machen.

---

[59]) Bernhöft S. 69.

[60]) Haidlen S. 472.

Hieraus ergiebt sich, dass, wenn es sich um vertretbare Sachen handelt, kein Unterschied in der rechtlichen Behandlung zu machen ist zwischen den Fällen, wo eine fertige Ware gekauft wird, und denen, bei welchen die Ware erst anzufertigen ist, somit also die Anwendung der Vorschriften über den Kauf die angemessene Regelung ist. Demnach ist der Verkäufer verpflichtet, das Kaufobjekt zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen (§ 433). Von einer Pflicht den nötigen Stoff zu beschaffen und die Sache herzustellen ist naturgemäss bei der Kauflehre nicht die Rede. Besteht aber für Fälle unserer Art nicht doch eine solche? Diese Frage ist zu bejahen. Denn die Eingangsworte des § 651 ergeben, dass bei solchen besonders gearteten Käufen das Bestehen jener Verpflichtung vorausgesetzt wird.[61] Hat sich einmal der Unternehmer verpflichtet die Ware, welche er zufällig nicht auf Lager hat, anzufertigen, so darf er nicht ohne weiteres unter Übergehung der mit dem Besteller getroffenen Abmachung die vertretbare Sache sich anderswoher fertig verschaffen. Um sich diese Möglichkeit offen zu halten, hätte er ja einen gewöhnlichen Kauf abschliessen können, da die Gültigkeit des Kaufes noch nicht vorhandener Sachen nicht zu bezweifeln ist. Ein Beispiel dafür, dass dem Unternehmer immer beide Möglichkeiten offen stehen, giebt Bernhöft (S. 69): Jemand bestellt eine bestimmte Anzahl Stühle; nimmt dann der Unternehmer die Bestellung einfach an, so liegt Kauf vor; wenn er aber sagt, er habe solche Stühle augenblicklich nicht vorrätig, werde sie aber in kurzer Zeit herstellen, so liegt zwar auch ein Kauf vor und finden dieselben Regeln Anwendung, dieser Kauf hat aber die Eigentümlichkeit, dass ihm die Herstellungspflicht wesentlich ist. In solchen Fällen hat demnach der Unternehmer seine vortragsmässige Verpflichtung

[61]) Vgl. Riezler S. 65.

nicht erfüllt, wenn er die Sache zwar frei von äusserlichen Sachmängeln liefert, aber nicht selbst hergestellt oder in Fällen, wo keine persönliche Herstellung besonders ausbedungen war, nicht durch Dritte hat herstellen lassen,[62] sondern sich anderweitig beschafft hat. Infolgedessen kann der Käufer mit den wegen Mangels zugesicherter Eigenschaften ihm gewährten Klagen gegen den Verkäufer vorgehen: er kann also sowohl die Wandelungs- und Minderungsklagen anstellen als auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften verlangen. Solange die herzustellende Sache noch nicht übergehen ist, hat dagegen der Käufer keine selbständige Klage auf Herstellung der Sache, sondern er hat nur einen unmittelbaren Anspruch auf Lieferung. So gewähren Planck (S. 391) und in Übereinstimmung mit ihm Dernburg (BGB. II, S. 446) nur eine Klage auf Übergabe und Übereignung, während Crome (BGB. II S. 794) anscheinend der Ansicht ist, dass beide Klagen einzeln zulässig sind. Es ist übrigens nicht zu verkennen, dass die Gewährung der Mängelklagen zu Unbilligkeiten führen kann. Darum sie auszuschliessen, wie Riezler (S. 66) dies tut, ist aber wohl nicht angebracht. Riezler führt als Beispiel den Fall an, dass eine Eisenbahngesellschaft 10 000 neue Stahlschienen bestellt, die Fabrik ihr aber ausser 8000 neu hergestellten 2000 in gleicher Qualität vorrätige liefert. Liesse sich hier aber die Zulässigkeit der Mängelklage nicht dadurch vermeiden, dass die Fabrik bei der Gesellschaft anfragt, ob ihr die Lieferung von Schienen, die sie in gleicher Qualität vorrätig habe, zusage! Auf dieses Angebot wird sie zweifellos eingehen, da es wohl kaum von besonderem Interesse für sie ist, nur einen Vertrag abzuschliessen anstatt auf diese Weise den Auftrag in zwei Geschäfte

[62]) Planck S. 391.

zu zerlegen. In ähnlicher Weise würde sich auch in entsprechenden Fällen die Herstellungspflicht beseitigen lassen. Eine weitere Frage, die sich bei Anwendung der Kaufvorschriften ergiebt, ist die, welcher Moment für die Mängelhaftung massgebend ist: die Zeit des Vertragsabschlusses oder die des Gefahrübergangs. Das Gesetz macht dies davon abhängig, ob man eine spezifisch bestimmte oder eine nur ihren charakteristischen Merkmalen nach bestimmte Sache kauft (§ 463 c/a § 480). Eine grosse Anzahl von Schriftstellern betrachtet nun die Anwendung des § 480 als ganz selbstverständlich; so betont auch Planck (S. 391) noch besonders: „zu beachten ist, dass es sich hier um die Vorschriften über den Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache handelt." Demgegenüber ist aber zu bemerken, dass der Unterschied der Fungibilien und Nichtfungibilien etwas anderes ist als der Unterschied der generischen und spezifischen Bestimmung.[63] Denn bei Genussachen ist massgebend die Bestimmungsweise der Partei, bei vertretbaren Sachen die Anschauung des Verkehrs. Zwar wird in den meisten Fällen bei Fungibilien die generische, bei Nichtfungibilien die spezifische Bestimmung die Regel bilden. Aber es giebt doch auch Fälle, wo dies nicht der Fall ist. Es wird z. B. niemand bestreiten, dass Pferde im Verkehr nicht nach Mass, Zahl oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen, und dennoch ist es im Einzelfall den Parteien unbenommen sie generisch zu bestimmen. Umgekehrt werden Geldstücke im Verkehr als vertretbar behandelt, wobei den Parteien nichts im Wege steht eine Geldspeziesschuld zu begründen. Dass auch bei erst anzufertigenden Sachen spezielle Bestimmung des Objektes möglich ist, wurde schon oben erwähnt (S. 60). Wir werden aber nicht umhin können, für die Frage, in welchem Zeitpunkt die Mängel

[63]) Vgl. genaueres hierüber bei Ihering 4, S. 405.

vorhanden sein müssen, um Ansprüche daraus herleiten zu können, trotzdem auch in den Fällen, wo vertretbare spezifisch bestimmt werden, den § 480, also den Augenblick des Gefahrübergangs, entscheiden zu lassen. Denn zur Zeit des Vertragsabschlusses ist das Kaufobjekt überhaupt noch nicht vorhanden, kann also auch noch nicht von Eigenschaften der verkauften Sache die Rede sein.

Einen Mangel finden die meisten Schriftsteller bei Anwendung der Kaufvorschriften auf die uns beschäftigenden Lieferungsverträge darin, dass die Kauflehre keine Sonderbestimmung für den Fall trifft, dass der Käufer mit einer vertragsmässig von ihm vorzunehmenden Handlung in Verzug kommt. Weil eine spezielle Regelung fehlt, müssen also die im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse über den Verzug des Gläubigers getroffenen Bestimmungen Anwendung finden. Hervorzuheben ist von diesen als für unsern Fall passend die Vorschrift des § 295, dass der Gläubiger, wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung seinerseits erforderlich ist, schon durch ein wörtliches Angebot bzw. durch die Aufforderung die erforderliche Handlung vorzunehmen in Verzug kommt. Die dem Gläubiger nachteiligen Folgen des Verzugs sind, dass der Schuldner nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, dass bei Genussachen die Gefahr auf den Gläubiger übergeht und dass der Gläubiger Ersatz von Mehraufwendungen leisten muss, schliesslich das Recht zum Selbsthülfeverkauf (§§ 300, 304, 383)[64]. Dass diese Vorschriften für Fälle unserer Art kein befriedigendes Ergebnis haben, leuchtet ein. Der Grund dafür, dass für alle Schuldverhältnisse keine übereinstimmenden Vorschriften weitgehenderer Natur getroffen sind,

[64]) Die weiteren Folgen gesetzliche Zinspflicht, Hinterlegung beweglicher Sachen und Aufgabe des Besitzes bei Grundstücken (§§ 301, 303) passen hier nicht.

ist wohl darin zu suchen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch im allgemeinen keine Abnahmepflicht seitens des Gläubigers kennt. Nur ausnahmsweise besteht eine solche beim Kauf und Werkvertrag. Da aber beim Kauf eine sonstige Verpflichtung des Käufers zur Vornahme einer Handlung ausser dieser Abnahmepflicht in der Regel nicht vorkommt, so sind auch dort keine besonderen Bestimmungen vorgesehen, sondern nur in der Lehre vom Werkvertrag findet diese Frage eine zweckentsprechende Regelung. Für die uns beschäftigende besondere Art des Kaufes erscheint aber eine den Bestimmungen des Werkvertrags entsprechende Regelung als billig. Um dem Verkäufer einen Ersatz für das Warten auf die Vornahme der Handlung zu gewähren, wenigstens solange sich für ihn keine Gelegenheit zu anderweitiger Verwendung seiner Arbeitskraft bietet, wäre es angebracht, dem Lieferanten eine angemessene Entschädigung zu gewähren. (§ 642) und ihm die Kündigung des Vertrages zu gestatten, wenn der Käufer die Handlung, nachdem ihm noch eine Frist zur nachträglichen Vornahme gesetzt worden ist, bis zu deren Ablauf noch immer nicht vornimmt (§ 643), zugleich mit Berechtigung, einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen zu verlangen. Man würde also nicht zu weit gehen, wenn man mit Planck (S. 391), Oertmann (S. 376) und Riezler (S. 67) diese Bestimmungen bei der offenbaren Gleichheit des Grundes auf entsprechende Fälle unserer Art analog anwendet, auf jeden Fall aber dann, wie Crome (S. 704) annimmt, wenn der Verkäufer durch die Hinhaltung besonders beschwert wird. Den gleichen Anspruch auf eine Teilvergütung dürfte man dem Verkäufer wohl zubilligen, wenn das Werk infolge einer von dem Käufer erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar

geworden ist (§ 645). Derartige Analogieen soll man aber, meine ich, wenn möglich vermeiden, da dadurch immerhin etwas in das Gesetz hineingelegt wird, was es nicht positiv enthält. Es fragt sich daher, ob man nicht auf die Anwendung der Paragraphen verzichten könnte. Und ich glaube, es dürfte hier ein solcher Verzicht nicht zu schwer fallen. Bei alledem ist nämlich zu beachten, dass, wenn eine Handlung des Bestellers erforderlich ist oder er Anweisungen zur Herstellung giebt, das Geschäft in vielen Fällen in einen Vertrag über Herstellung nicht vertretbarer Sachen übergeht[65] und dass es nach den Kommissionsprotokollen den Parteien freisteht, eine vertretbare Sache in ihrem Vertragsverhältnis als eine nicht vertretbare zu behandeln und dadurch ihren Vertrag unter die Vorschriften für nicht vertretbare Sachen zu stellen. Einen Anhaltspunkt, wann das geschehen ist, wird man aber wohl gerade darin finden können, dass eine Handlung des Bestellers ausgemacht ist oder dass er gewisse Direktiven für die Anfertigung erteilt hat. Eine Anwendung der §§ 642, 643, 645 würde also beim Vertrag über Herstellung vertretbarer Sachen nur in den seltensten Fällen nötig werden. Eine Unbilligkeit in solchen ganz vereinzelt vorkommenden Fällen wäre aber doch wohl der analogen, vom Gesetz nicht vorgeschriebenen Anwendung vorzuziehen. Von den sonstigen zur Anwendung kommenden Kaufvorschriften sind noch besonders zu erwähnen, dass im Gegensatz zum Werkvertrag der Gefahrübergang mit der Übergabe eintritt und dass der Käufer ohne weiteres Wandelung und Minderung verlangen kann, ohne dass dem Verkäufer Recht und Pflicht der Ausbesserung gegeben ist.

---

[65]) Crome BGB. S. 705.

Bei einem Vertrag über Herstellung nicht vertretbarer Sachen führt, wie schon mehrfach erwähnt, die Anwendung der Kaufvorschriften nicht zu einem befriedigenden Ergebnis, da das Veräusserungsmoment hier gegenüber der zu leistenden Arbeit mehr zurücktritt. Es empfiehlt sich daher, nicht dem römischen Recht zu folgen, das ohne Rücksicht darauf, ob vertretbare oder nicht vertretbare Sachen geliefert werden sollen, derartige Verträge gleichmässig als Kauf behandelt. Man darf aber auch nicht zu weit gehen und auf einen solchen Vertrag ausschliesslich die Vorschriften des Werkvertrags anwenden, wie es das Preussische Recht tat, sondern es müssen sowohl Normen des Kaufs als auch des Werkvertrags Berücksichtigung finden. Von dieser Erwägung ausgehend wurde von der zweiten Kommission ein Antrag angenommen, der folgende Fassung der Regel vorschlug: „Ist eine nicht vertretbare Sache herzustellen, so treten an die Stelle des § 433, des § 446 Abs. 1 Satz 1 und der §§ 447, 459, 460, 462 bis 464, 477 bis 479 die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647, 648." In dieser Form fand die Regel auch in den definitiven Gesetzestext Aufnahme. Das Gesetz geht vom Kauf aus, setzt aber eine Reihe von Vorschriften desselben ausser Anwendung. An ihre Stelle treten die Vorschriften über den Werkvertrag und zwar nicht nur die entsprechenden, sondern alle Vorschriften. Ausgeschlossen sind allein die Vorschriften über das Pfandrecht und das Recht des Unternehmers auf Eintragung einer Sicherungshypotek; ein Bedürfnis an eigener Sache ein Pfandrecht zu haben, würde sich auch wohl kaum ergeben, zumal, wie schon oben S. 52 betont, es dem Eigentümer freisteht, mit der Übertragung des Eigentums so lange zu warten, bis der Gegenkontrahent die Vergütung zahlt oder doch genügend Sicherheit bietet. Eine kurze Übersicht wird ein

Bild davon geben, wie sich die rechtliche Behandlung nunmehr gestaltet. Kraft ausdrücklicher Vorschrift sind von den Kaufnormen ausgeschlossen die Bestimmungen, welche die allgemeinen Verpflichtungen der Parteien, die Haftung für Sachmängel und den Gefahrübergang regeln, und es finden demnach hierauf die Grundsätze des Werkvertrags Anwendung. Als Verpflichtung des Lieferanten ergiebt sich also aus § 631, der an Stelle von § 433 tritt, die Pflicht zur Herstellung des versprochenen Werkes. Zugleich besteht aber natürlich auch die Pflicht zur Lieferung, d. h. zur Übergabe und Übereignung, die sich aus § 651 Satz 1 ergiebt. Doch stehen beide Pflichten nicht gleichberechtigt nebeneinander. Denn auch hier müssen wir mit Planck ebenso wie bei der Herstellung vertretbarer Sachen nur die Lieferungspflicht als die selbständige Verpflichtung ansehen, zumal auch die Protokolle (S. 725) besonders betonen, dass der Lieferungsübernehmer nicht neben der Verpflichtung, den Stoff als Verkäufer zu liefern, eine besondere Verpflichtung die Sache herzustellen übernommen habe, sondern zur Bearbeitung der Sache nur mittelbar, nur deswegen verpflichtet sei, weil er eine bestimmt gestaltete Sache liefern muss und sie nicht liefern kann, ohne sie herzustellen. Trotzdem ist aber das Recht des Bestellers, für sich erfolgte Anfertigung zu verlangen nicht ausgeschlossen, es ist nur nicht selbständig klagbar.[66] [67] Andererseits ist der Käufer verpflichtet, die vereinbarte Vergütung zu zahlen, die nicht in Geld zu bestehen

[66]) Dernburg BGB. II S. 447 giebt 2 selbständige Klagen.

[67]) Dass Planck dem Besteller nicht das Recht giebt für sich geschehene Herstellung zu verlangen, wie Albers S. 57 annimmt, ist nirgends ausgesprochen. Der Irrtum von Albers hat darin seinen Grund, dass er, wenn der Unternehmer eine von ihm nicht hergestellte Sache liefert, diese Sache als vertragsmässig ansieht, während ihr in Wirklichkeit eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, sie also vertragswidrig ist.

braucht, und das Objekt abzunehmen, wobei Abnahme die weitere Bedeutung hat, dass sie auch die Billigung mitumfasst. Weiterhin regelt sich, während für die Rechtsmängelhaftung die Kaufvorschriften massgebend bleiben, auch die Haftung für Sachmängel nach den Vorschriften des Werkvertrags, die dem Käufer in erster Linie einen Ausbesserungsanspruch gewähren und für Bauwerke die Verjährungsfrist auf fünf Jahre verlängern. Schliesslich sind auch für den Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Vorschriften des Werkvertrags massgebend. Er tritt also nicht mit der Übergabe des Objektes, sondern mit der Abnahme ein, abgesehen von den Fällen, wo der Besteller in Annahmeverzug ist (§ 300 Abs. 2) und wo die fertiggestellte Sache einem Transporteur zur Versendung an einen andern Ort als den Erfüllungsort übergeben wird. Zwar ist in § 651 von den Kaufvorschriften u. a. auch § 447, der in einem solchen Fall den Gefahrübergang mit der Auslieferung an den Transporteur eintreten lässt, von der Anwendung auf einen Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen ausgeschlossen. Es wäre aber zu sonderbar und unerklärlich, warum dem Verkäufer beim Kauf und dem Unternehmer beim Werkvertrag diese Vergünstigung gewährt ist, dem mit eigenem Stoff arbeitenden Unternehmer, dessen Stellung in dieser Beziehung kaum abweicht, aber versagt sein sollte. Darum ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber dadurch, dass er die Anwendung der §§ 446 Abs. 1 Satz 1 und 447 in § 651 ausdrücklich ausschloss, nur betonen wollte, dass bei derartigen Verträgen für den Übergang der Gefahr allgemein die Regeln des Werkvertrags und nicht die des Kaufes gelten sollten. Da nun die Regeln des Werkvertrags bezüglich des Gefahrübergangs in § 644 Abs. 2 die Bestimmung enthalten, dass die für den Kauf geltenden Vorschriften des § 447 entsprechende Anwendung finden, wenn der Unternehmer das

Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem andern Orte als dem Erfüllungsorte versendet, wird auf diese indirekte Weise eine Anwendbarkeit des § 447 auch für nach § 651 zu beurteilende Verträge erzielt.[68] Ausser den kraft ausdrücklicher Vorschrift des § 651 ausgeschlossenen Regeln können aber auch eine Reihe von Vorschriften ihrer Natur nach auf einen Vertrag unserer Art nicht Anwendung finden[69] so kann hier nicht von einem Verkauf an den Besteller auf Grund eines Pfandrechts oder im Wege der Zwangsvollstreckung, auch nicht von einem Vorkaufsrecht die Rede sein. Nachdem alle diese Grundsätze des Kaufrechts von der Anwendung auf den Vertrag über Herstellung nicht vertretbarer Sachen ausgeschlossen sind, bleiben von den Kaufvorschriften insbesondere noch anwendbar die Vorschriften über die schon erwähnte Haftung für Mängel im Recht, über die Vollziehung der Wandelung und Minderung und über die besonderen Kaufarten, den Kauf nach Probe, auf Probe und den Wiederkauf. Von geringerer Bedeutung ist u. a. die Bestimmung, dass der Käufer von der Übergabe an das Recht der Nutzniessung verbunden mit der Pflicht zur Kostentragung hat, dass er von diesem Moment an Zinsen zu bezahlen hat, trotzdem die Forderung des Verkäufers erst mit der Abnahme fällig wird[70], schliesslich dass die lex

[68]) Immerhin ist es irreführend, dass § 447 in § 651 ausgeschlossen ist, zumal der Gesetzgeber in einem ähnlichen Fall nicht ebenso verfährt. Denn mit dem gleichen Recht könnte man erwarten, dass in § 651 auch die §§ 465—467, 469—475 betreffend die Vollziehung der Wandelung und Minderung ausgeschlossen sind, da in § 634 Abs. 4 ausdrücklich auf sie Bezug genommen ist.

[69]) Vgl. Planck S. 391, Riezler S. 63 etc.

[70]) folgt aus § 641. Trotz dieses sonderbaren Resultates lässt sich kein besserer Ausweg finden. Auch scheint diese Folge vom Gesetzgeber gewollt zu sein, da ausdrücklich nur § 446 Abs. 1 S. 1 für nicht anwendbar erklärt ist. Vgl. Albers S. 89, a. M. Emerich S. 85.

commissoria zulässig ist. Ausserdem finden, da nicht nur die entsprechenden Vorschriften des Werkvertrags an die Stelle der ausgeschlossenen Kaufvorschriften treten sollen, sondern sämtliche, auch noch eine Reihe von Vorschriften des Werkvertrags Anwendung, für die sich kein analoges Gegenstück im Kaufrecht findet. So ist dem Besteller das einseitige Kündigungsrecht verbunden mit der Verpflichtung, eine gewisse Teilvergütung zu zahlen, gegeben; ebenso kann der Besteller auch bei verspäteter Lieferung, auch wenn der Arbeiter nicht in Verzug ist, vom Vertrage zurücktreten (§ 636), und andererseits sind dem Unternehmer bei Verzug des Bestellers die schon bei Besprechung der vertretbaren Sachen erwähnten Rechte aus §§ 42 ff. gegeben. Als Resultat des Vorstehenden ergiebt sich die vollkommene verschiedene Behandlung der Lieferungsverträge, wenn vertretbare und wenn nicht vertretbare Sachen Gegenstand des Vertrags sind.

Es gilt nun zu bestimmen, welche juristische Natur beide Verträge haben. Handelt es sich um vertretbare Sachen, so sahen wir, dass alle Vorschriften des Kaufes Anwendung finden. Infolgedessen ist der Vertrag als reiner Kauf zu bezeichnen. Denn es macht keinen Unterschied, ob man sagt: der Vertrag ist Kauf, oder es finden die Normen des Kaufes auf ihn Anwendung.[71]

Nicht so einfach ist die Lösung bei dem bunten Gewirr von Vorschriften des Kaufs und des Werkvertrags zu finden, das sich bei der Behandlung von herzustellenden nicht vertretbaren Sachen zeigt. Die einen sagen, auch hier handelt es sich um einen Kauf, nur ist er modifiziert durch Bestimmungen des Werkvertrags. So führt Schollmeyer (S. 36) aus; „Es sollen die Grund-

[71]) vgl. Henle S. 11. Schon oben S. 69 machten wir auf die merkwürdige Beweisführung eines Urteils aufmerksam, das hierin einen bedeutsamen Unterschied sieht.

sätze des Kaufs prinzipiell zur Anwendung gelangen. Jedoch sollen sie um deswillen durch eine Reihe von Vorschriften über den Werkvertrag modifiziert werden, weil der Verkäufer der von ihm herzustellende Sache durch die Notwendigkeit, dieselbe erst für den Käufer herzustellen, in dasselbe Verhältnis zu letzterem tritt wie der Unternehmer zum Besteller." Aber es sind ja sämtliche Vorschriften des Werkvertrags ausser den selbstverständlich wegfallenden über das Pfandrecht für anwendbar erklärt, während vom Kauf eine ganze Reihe von Bestimmungen ausgeschlossen sind, u. a. auch § 433, der die hauptsächlichsten Verpflichtungen der beiden Kontrahenten enthält, dessen Geltung man wohl am ehesten verlangen könnte, wenn man das Geschäft prinzipiell für einen Kauf halten will. Aus der Stellung des § 651 lässt sich übrigens nicht, wie Albers (S. 55) es tut, ein Gegengrund dafür folgern, dass es sich nicht um Kauf handeln kann; denn auch der Vertrag über Herstellung vertretbarer Sachen wird für Kauf erklärt und trotzdem in demselben § 651 behandelt. Auch liesse sich zur Begründung von Schollmeyers Ansicht die Fassung der Protokolle (S. 725) anführen: der Vertrag sei seinem Wesen nach ein Kaufvertrag. In § 651 ist aber nichts mehr davon zu erkennen, zumal § 433 ausgeschlossen, aber § 631, der die hauptsächlichsten Verpflichtungen der beim Werkvertrag beteiligten Parteien enthält, anwendbar ist.

Auch der Ansicht derer, die in diesem Vertrag einen Werkvertrag modifiziert durch Vorschriften des Kaufs sehen, kann man sich nicht anschliessen. Zu den Anhängern dieser Ansicht zählen Endemann (S. 787), der die Fälle, in denen der Unternehmer aus von ihm zu beschaffenden Stoffe nicht vertretbare Sachen herstellt, ausdrücklich als zum Gebiet des Werkvertrags gehörig aufzählt, und Kuhlenbeck (zu § 651), der diese Fälle nur als

dem Werkvertrag näher wie dem Kauf bezeichnet. Der Grund, warum diese Konstruktion nicht haltbar ist, findet sich klar bei Bernhöft (S. 68) ausgedrückt, und ganz ähnlich, fast in denselben Worten, finden wir seinen bei der Kritik des ersten Entwurfs ausgesprochenen Gedanken in den Protokollen der zweiten Kommission (S. 724/725) fortgebildet. „Zwischen den beiden Fällen," führt Bernhöft aus, „dass der Übernehmer und dass der Besteller den Stoff liefert, besteht ein durchgreifender Unterschied, welcher juristisch garnicht ignoriert werden kann. Wenn der Übernehmer den Stoff liefert, so arbeitet er zunächst für sich selbst, das Werk gehört ihm, ohne Unterschied ob der Stoff die Hauptsache bildet oder ob er gar gegen die Arbeit vollständig zurücktritt . . . Liefert dagegen der Besteller den Stoff, so bearbeitet der Übernehmer denselben für ihn, der Besteller wird Eigentümer und der Übernehmer ist durchaus nicht in der Lage, über das verfertigte Werk zu verfügen." Es zeigt sich also ein bedeutsamer Unterschied vom Werkvertrag, der die Ansicht rechtfertigt, dass es sich nicht um einen modifizierten Werkvertrag handeln kann.

So bleibt nichts anderes übrig, als die dritte Möglichkeit ins Auge zu fassen, den Vertrag als ein negotium sui generis aufzufassen. Diese Konstruktion ist allerdings für die Behandlung des Vertrags noch neu, und darin mag wohl auch der Grund liegen, dass sich Versuche geltend machten, die ihn grundsätzlich dem einen oder andern Rechtsgeschäft unterstellen wollten, aber dennoch ist sie die zweckdienlichste. Sie ist denn auch jetzt ziemlich unbestritten anerkannt, und so hat man dieser besonderen Geschäftsart den Namen Werklieferungsvertrag gegeben.[72] Dieser

[72]) Der Ausdruck Werklieferungsvertrag wird vielfach auch im weiteren Sinn als den Vertrag über Herstellung vertretbarer Sachen mitumfassend gebraucht, so ausdrücklich von Oertmann S. 375/376.

neue Vertrag ist ein Mittelding zwischen Kauf- und Werkvertrag. Deshalb war die Aufstellung besonderer Vorschriften überflüssig. Es wären dadurch nur zahlreiche Wiederholungen hervorgerufen worden. Die Verweisung auf schon vorhandene Bestimmungen in beiden Lehren genügte, um einen von beiden verschiedenen Kontrakt zu schaffen. Freilich der Form nach ist auf diese Weise die Regel des § 651 mit ihrem zunächst unverständlichen Zitatenbündel kein Meisterwerk geworden. Der Kern ist aber besser als die Schale!" bemerkt Crome (part. Rechtsgesch. S. 276) zutreffend.

Bis jetzt haben wir die beiden Extreme, dass nur der Besteller oder nur der Unternehmer den Stoff liefern, behandelt. Es macht aber auch keinen Unterschied in der rechtlichen Behandlung, wenn die Gegenpartei nur Zutaten oder sonstige Nebensachen liefert. Ausdrücklich bestimmt ist das in § 651 Abs. 2 für den Fall, dass der Unternehmer nur Zutaten oder sonstige Nebensachen beigiebt: es sollen dann ausschliesslich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung finden. Natürlich wird dadurch aber nicht die Rechtsmängelhaftung bezüglich der Nebensachen ausgeschlossen, die nach § 445 bei allen Verträgen, die auf Veräusserung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, zur Anwendung kommt.[73]

Dasselbe muss aber auch gelten, wenn der Besteller nur zu solchen geringfügigen Nebenleiltungen verpflichtet ist. Hier fehlt zwar eine ausdrückliche Vorschrift, aber § 651, Abs. 1 setzt nicht als notwendig voraus, dass er die Hauptsache liefert. Demgemäss hat es in einem solchen Fall bei der Hauptregel des § 651 sein Bewenden.[74]

---

[73]) Cosack S. 525.

[74]) vgl. Oertmann S. 375.

Was versteht aber das Bürgerliche Gesetzbuch unter Nebensachen? Es macht zunächst keinen Unterschied, ob materielle Zutaten zu einem materiellen Werke oder ob sie zu einem immateriellen Werke gegeben werden, wie z. B. Kisten zum Büchertransport;[75] in beiden Fällen kann unbedenklich von Nebensachen die Rede sein. Für die Feststellung des Begriffes ist hauptsächlich die Parteiintention massgebend. Aber wie soll man sie erkennen, da sie in den wenigsten Fällen klar ausgesprochen wird? Einen Anhaltspunkt hierfür wird meist die Verkehrsauffassung bilden, ohne aber in allen Fällen entscheidend zu sein. Ebenso kann die Zubehöreigenschaft zwar in Betracht gezogen werden, aber nicht allein massgebend sein. Denn wenn auch in der Regel bewegliche Sachen, die ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen (§ 97), als Nebensachen anzusehen sind, so sind sie doch nur Zubehör, wenn sie auch im Verkehr als Zubehör angesehen werden, während für uns in erster Linie der Parteizweck massgebend ist. Ebenso ist das Wertverhältnis zwischen Haupt- und Nebensache mit zu beachten, es entscheidet aber allein nicht. Natürlich darf hier aber nur in Rücksicht gezogen werden, was im Verhältnis zum übrigen Stoffe, nicht was im Verhältnis zu der zu leistenden Arbeit das wertvollere ist.[76] So liefert in dem Beispiel, wo der Maler Leinwand und Farbe zur Arbeit mitbringt, er die Hauptsache, wenn auch die Arbeit im Verhältnis zum gelieferten Stoff unvergleichlich wertvoller ist. Den Grundsatz des römischen Rechts, dass der Grund und Boden gegenüber dem auf ihm errichteten Bauwerk immer als die

[75]) Riezler S. 64, Oertmann S. 375.
[76]) Riezler S. 63.

Hauptsache anzusehen ist, werden wir auch heute im allgemeinen noch, aber nicht ohne Einschränkung, gelten lassen müssen. Der erste Entwurf enthielt eine diesbezügliche Bestimmung, sie ist aber wieder gestrichen worden. Teilweise erklärt sie sich nämlich aus der Vorschrift des § 94, wonach zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks, die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Gebäude gehören, und des § 946, demzufolge sich das Eigentum an einem Grundstück, wenn eine bewegliche Sache mit dem Grundstück dergestalt verbunden wird, dass sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, auch auf diese Sache erstreckt. Hieraus ergiebt sich, dass beim Vorliegen dieser Merkmale das Grundstück als die Hauptsache anzusehen ist und demnach das Geschäft nach § 651, Abs. 2 zu beurteilen ist, wenn der Besteller den Grund und Boden, der Unternehmer die Baumaterialien nicht wesentliche Bestandteile, wie z. B. wenn ein Zirkus nur zu vorübergehender Benutzung aufgeschlagen wird (§ 95), so würde § 651, Abs. 2 nicht in Betracht kommen können, sondern höchstens für den Fall, dass Eigentumsübertragung stattfinden soll, Absatz 1 Anwendung finden.[77] Was die Eigentumsübertragung hinsichtlich der vom Unternehmer gelieferten Nebensachen anlangt, so erfolgt diese in vielen Fällen nicht durch Vertrag, sondern kraft der sachenrechtlichen Verbindungsgrundsätze ipso iure. Als Beispiele hierfür sind folgende Rechtsgrundsätze anzuführen: Werden die beweglichen Sachen dergestalt mit einander verbunden, dass sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden und ist dabei eine der Sachen als die Hauptsache anzusehen, so erwirbt ihr Eigentümer das Alleineigentum (§ 947 Abs. 2). Und dasselbe gilt, wenn bewegliche Sachen von denen die eine als die

[77]) Planck S. 591 in Anlehnung an Protokolle II S. 2269.

Hauptsache anzusehen ist, untrennbar vermischt oder vermengt werden. (§ 948). Werden durch diesen ipso iure erfolgenden Eigentumsübergang die Rechte Dritter verletzt, weil der Unternehmer nicht Eigentümer der von ihm gelieferten Nebensachen war, so geht der Bereicherungsanspruch des § 951, der dem früheren Eigentümer der Sache zusteht, nicht, wie Planck (S. 392) annimmt, gegen den Besteller, der dann einen Regress gegen den Unternehmer habe, sondern gegen den Unternehmer direkt; denn zu seinen Gunsten ist die Rechtsänderung eingetreten. Der Besteller hingegen ist nicht mehr bereichert, da er dem Unternehmer eine den Wert der Zutaten mitumfassende Vergütung gezahlt hat.

Dieselbe Streitfrage, die auch schon für das gemeine Recht bestand, was für ein Vertrag es ist, wenn das von beiden gelieferte Material sich beides als Hauptsache darstellt, besteht auch im heutigen Recht noch fort, da es an einer ausdrücklichen Vorschrift fehlt. So behandeln Planck (S. 390) und Münkel (S. 45) einem solchen Fall als Werkvertrag, ohne aber eine ausreichende Begründung ihrer Ansicht zu geben. Auch eine Begründung aus dem Gesetz lässt sich für sie nicht finden. Andererseits sieht man darin auch vielfach ein nach § 651, Abs. 1 zu behandelndes Geschäft, so Riezler (S. 65), Emerich (S. 31), Henle (S. 53). Dies lässt sich damit begründen, dass in § 651, Abs. 2 eine Ausnahme von den Regeln des Abs. 1 nur für den Fall gemacht ist, dass der Unternehmer nur Nebensachen liefert, und demnach unter Abs. 1 alle solche Fälle fallen, in denen der Unternehmer irgend welchen Hauptstoff beschafft, mag auch der Besteller gleichfalls Hauptstoff liefern. Schliessen wir uns der letzteren Ansicht an, da sie allein sich mit der gesetzlichen Grundlage nicht in Widerspruch stellt und ihr darum der Vorzug zu geben ist, so

ergiebt sich noch eine bedeutende Erweiterung des Begriffs Werklieferungsvertrag, den wir nun folgendermassen definieren können: Werklieferungsvertrag ist derjenige Konsensualkontrakt, durch welchen die eine Partei sich verpflichtet, aus von ihr selbst zu beschaffendem Hauptstoff eine nicht vertretbare Sache herzustellen und zu liefern, wogegen der andere Teil eine Vergütung zu entrichten hat.

Wir sind am Schluss unserer Untersuchungen angekommen, in denen wir versucht haben, die Grenze zwischen Kauf- und Werkvertrag nach gemeinem Recht und nach Bürgerlichem Gesetzbuch zu bestimmen. Auf der einen Seite fanden wir die rein mechanische, nur die Stofflieferung berücksichtigende Einteilung des gemeinen Rechts, auf der andern Seite die das Moment der Arbeit dadurch zu erhöhter Bedeutung bringenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, dass sie in allen den Fällen, wo es sich um Herbeiführung eines Arbeitserfolges in erster Linie handelt, Vorschriften des Werkvertrags zum Teil ausschliesslich, zum Teil in Verbindung mit Kaufvorschriften zur Anwendung bringen und andererseits Verträge, bei denen der Gesichtspunkt des Arbeitsverhältnisses zurücktritt, für Kauf erklären. Dadurch ist eine Regelung, welche dem Rechtsbewusstsein des Volkes am meisten entspricht, zum Siege durchgedrungen.